Untersuchungen zum Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Schiefer
aus Wuppertal-Elberfeld

1964

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

7868

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547601_0054

Untersuchungen zum Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Schiefer
aus Wuppertal-Elberfeld

1964

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Ferdinand Elsener

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 1964

Meinen Eltern

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
EINLEITUNG	.....	1
ERSTES KAPITEL	.....	5
§ 1 Kurzer Überblick über die Problematik des § 26 Abs. 2 GWB	.....	5
§ 2 Geschichtliches zur rechtlichen Behandlung differenzierenden Verhaltens im Wirtschaftsverkehr und zur Entstehung des Diskriminierungsverbots	.....	7
I. Der Maßstab der guten Sitten	.....	7
1.) Benzinkampfurteil	.....	7
2.) Monopolmißbrauch	.....	8
3.) Kritische Würdigung	.....	9
4.) Das Fehlen einer Ordnungsvorstellung	.....	11
II. § 9 der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht von 1923 (KartVO)	.....	13
1.) Gleichartigkeit und üblicher Geschäftsverkehr	.....	14
2.) Zurückhaltende Beurteilung des Organisationszwangs	.....	15
3.) Der rechtssystematische Unterschied zwischen § 9 KartVO und § 26 Abs. 2 GWB	.....	15
III. Das Diskriminierungsverbot in den Dekartellierungsgesetzen	.....	16
IV. Die Gesetzesmaterialien	.....	16
§ 3 Das Diskriminierungsverbot in der Praxis der Rechtsprechung und der Kartellbehörden	.....	19
I. Abschlußverweigerung aus persönlichen Gründen	.....	19
II. Differenzierungen aus absatzpolitischen Gründen	.....	20

III. Mitbewerberbezogene Differenzierungen 25

IV. Ausschluß vom Geschäftsverkehr und von Veranstaltungen 27

V. Differenzierungen in Rabatten und Preisen 29

1.) Differenzierungen hinsichtlich der Mengenrabatte 30

2.) Differenzierungen zur Anpassung an Kosten- und Wettbewerbsverhältnisse 31

§ 4 Kritik zur Entscheidungspraxis 33

I. Zur Überbewertung persönlicher Gründe 33

II. Gleichsetzung von "sachlich nicht gerechtfertigt" und "sittenwidrig" 33

III. Interessenabwägung 35

IV. Vertragsfreiheit 37

ZWEITES KAPITEL

§ 5 Das Diskriminierungsverbot als Anwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht 39

I. Die wirtschaftliche Macht als Kriterium des Gleichbehandlungsgrundsatzes 40

II. Die beiden Zielrichtungen des Diskriminierungsverbots 42

1.) Waffengleichheit der Vertragsparteien 42

2.) Chancengleichheit der Wettbewerber 43

III. Die Adressaten des Diskriminierungsverbots unter Berücksichtigung des Machtaspektes 44

1.) Kartelle 45

2.) Preisbindende Unternehmen 47

IV. Funktion des Gleichheitsprinzips in der Marktwirtschaft 52

§ 6 Das Problem der Konkretisierung des Diskriminierungsverbots 54

DRITTES KAPITEL

§ 7 Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr 56

I. Notwendigkeit objektiver Bestimmung 57

II. Gleichartigkeit 58

III. Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr 61

VIERTES KAPITEL

§ 8 Erste Orientierung zum Auslegungsproblem der sachlichen Rechtfertigung 67

I. Irreführung durch Formeln 67

II. Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit der privaten Wirtschaftssubjekte und Art. 3 GG 67

III. Die konkreten Gleichheitsgebote des Art. 3 Abs. 3 GG 68

§ 9 Das Diskriminierungsverbot als Institutionenschutz 69

§ 10 Sinngehalt der durch das GWB rechtlich verfaßten Wirtschaftsordnung 71

I. Die allgemeine Bedeutung der Grundrechte 71

II. Die Ordnungsvorstellung des GWB 72

§ 11 Wettbewerb im Sinne des GWB 77

FÜNFTES KAPITEL

§ 12 Das Problem der sachlichen Rechtfertigung 79

I. Allgemeine Grundsätze 79

II. Auswertung des Fallmaterials 82

1.) Persönliche Gründe 82

2.) Absatzpolitische Gründe 83

a.) Absatzbeschränkung nach der Funktion der Abnehmer 84

b.) Absatzbeschränkung nach dem Typ der Abnehmer 85

c.) Absatzbeschränkung nach der vom Lieferanten subjektiv bestimmten Eignung des Abnehmers für den Vertrieb 88

d.) Strengere Maßstäbe gegenüber Marktbeherrschern und Kartellen 89

3.) Die Sicherung des Rufs der Hersteller, offene Märkte und der Gesichtspunkt des schonendsten Mittels 90

4.) Der freie Zugang zum Markt 92

5.) Rabattgewährung als Leistungsentgelt 95

6.) Unterschiedliche Preise als Mittel des Wettbewerbs 97

SCHLUSS 100

LITERATURVERZEICHNIS

Arnold:	Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 GWB in seinem Verhältnis zur Vertriebsbindung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB WuW 1960, 618
Bachof:	Freiheit des Berufs in Bettermann, Nipperdey, Scheuner: Die Grundrechte Bd. III 1. Halbband S. 155 - 265 Berlin 1958
	Zum Apothekenurteil des BVerfG JZ 1958 S. 468
Ballerstedt:	Wirtschaftsverfassungsrecht in Bettermann, Nipperdey, Scheuner: Die Grundrechte Bd. III 1. Halbband S. 1 - 90 Berlin 1958
Baumbach/Hefermehl:	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8.Aufl. München und Berlin 1960
Behlke:	Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1961
Benisch:	Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit WuW 1961, 764
Biedenkopf u.a.:	Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts Heidelberg 1957
	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
Böckenförde:	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957

Böhm:	Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft München 1951
	Die Idee des ORDO im Denken Walter Euckens ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. III S. XV Düsseldorf und München 1950
	Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
	Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung Tübingen 1950
Borchardt/Fikentscher:	Wettbewerb Wettbewerbsbeschränkung Marktbeherrschung Stuttgart 1957
Bydlinski:	Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht in Verhandlungen des ersten österreichischen Juristentages Wien 1961
Christl:	Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung (Zugleich ein Beitrag zum Mißbrauch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) BB 1960, 297
Coing:	System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft JZ 1951, 481
van Dam:	Preisunterbietungen als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb Basel 1935
Enneccerus/Nipperdey:	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 15. Aufl. Tübingen 1959
Engisch:	Einführung in das juristische Denken 2. Aufl. Stuttgart 1959
Esser:	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen 1956

	Interessenjurisprudenz heute in Juristenjahrbuch Bd. 1 S. 111 ff. Köln 1960
Eucken:	Die Grundlagen der Nationalökonomie 6. Aufl. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1950
	Grundsätze der Wirtschaftspolitik gekürzte Ausgabe Hamburg 1959
Ewald:	"Diskriminierung" im Dekartellierungsrecht WuW 1951, 53
Fikentscher:	Aus der Rechtsprechung zur wettbewerbsrechtlichen Diskriminierung DB 1960, S. 227
	Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht 2. Aufl. Heidelberg 1962
	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz München und Berlin 1958
	Zum Recht der Diskriminierung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen WuW 1958, 257
Frankfurter Kommentar:	zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Loseblattsammlung Köln
Fuß:	Gleichheitssatz und Richtermacht JZ 1959, 329
	Normenkontrolle und Gleichheitssatz JZ 1962, 565 ff., 595 ff., 737 ff.
Gentz:	Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVO WuW 1961 587 ff.

	Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des KartG zu § 9 der KartellVO von 1923 Dissertation Köln 1960
Günther:	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GRUR 1958, 575
	Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik MA 1961, 273
	Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen BB 1957, 72
Griesbach:	Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen BB 1962, 1011
Heck:	Interessenjurisprudenz Tübingen 1933
	Das Problem der Rechtsgewinnung Tübingen 1912
Heintzeler:	Die Grenzen der zulässigen Preisunterbietung Dissertation Tübingen 1931
Huber, E.R.:	Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Aufl. Tübingen 1953
Hueck, Götz:	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht München und Berlin 1958
Ipsen:	Gleichheit in Neumann, Nipperdey, Scheuner: Die Grundrechte Bd. II S. 111 ff. Berlin 1954
Kartte:	Vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren und das Diskriminierungsverbot WuW 1962, 241

Kelsen:	Reine Rechtslehre 2. Aufl. Wien 1960
	Was ist die Reine Rechtslehre? in Festschrift für Giacometti S. 143-162 Zürich 1953
Kestner/Lehnich:	Der Organisationszwang 2. Aufl. Berlin 1957
Knöpfle:	Zum Wettbewerbsbegriff im Sinne des § 1 GWB WuW 1962, 159
Koenigs:	Diskriminierung durch die Allgemeine Ortskrankenkasse JUS 1962, 342
	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln GRUR 1958, 589
	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs NJW 1961, 1041
Kracht:	Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen NJW 1960, 1229
Krahe:	Zur Anwendung des Diskriminierungsverbots auf preisbindende Unternehmen BB 1961, 1303
Lanzenberger:	Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten (insbesondere Preisbindung, Diskriminierung und Boykott) GRUR 1958, 593
Larenz:	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin Göttingen Heidelberg 1960
Laufke:	Vertragsfreiheit und Grundgesetz in Festschrift für H. Lehmann Bd. 1 S. 145 ff. 1956

Lehmann, H.: Handel und Gewerbe Berlin 1938

Lehnich: Die Wettbewerbsbeschränkung, eine Grundlegung Köln Berlin 1956

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Köln Berlin 1958

Leibholz: Die Gleichheit vor dem Gesetz 2., durch eine Reihe ergänzender Beiträge erweiterte Aufl. 1959

Lutz: Bemerkungen zum Monopolproblem in ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Bd. VIII Düsseldorf und München 1956

Lutz/Steiner: Umfang der Preisbindung und Diskriminierungsverbot BB 1958, 1154

Mestmäcker: Ausschließlichkeitsverträge, Koppelungsverträge und offene Märkte JZ 1954, 621

Dekartellierung und Wettbewerb in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte in ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Bd. IX S. 99 ff. Düsseldorf und München 1957

Diskriminierung, Dirigismus und Wettbewerb WuW 1957, 21 ff., 92 ff.

Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Tübingen 1959

Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge JZ 1964, 441

	Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Bd. XIII S. 233-280 Düsseldorf und München 1962
Meyer-Cording:	Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts WuW 1962, 461
Miksch:	Wettbewerb als Aufgabe Godesberg 1947
Möhring:	Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie WuW 1953, 537
Müller-Henneberg/ Schwartz:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar 1. Aufl. Köln Berlin 1958 2. Aufl. Köln Berlin 1963 (zit.: Gemeinschaftskommentar)
Mitchell:	Unterschiedliche Behandlung im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB WuW 1962, 387
Nef:	Gleichheit und Gerechtigkeit Zürich 1941
Nipperdey:	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag Jena 1920
	Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz 2. Aufl. Köln Berlin München Bonn 1961
	Wettbewerb und Existenzvernichtung Berlin 1930
Ottel:	Zwei Jahre deutsche Kartellpolitik Frankfurt a.M. 1960
Paul:	Verbotene Diskriminierung der Einkaufsgenossenschaften WRP 1962, 1

Peters: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel in Festschrift für Laun S. 669 - 678 1953

Preiser: Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung 3. Aufl. Göttingen 1960

Radbruch: Rechtsphilosophie 5. Aufl. Stuttgart 1956

Raiser: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht ZHR 111/112, S. 74 - 101 Stuttgart 1946

Besprechung zu G. Hueck: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht JZ 1959, 421

Kontrahierungszwang im Monopolrecht in Kartelle und Monopole im modernen Recht Bd. II S. 523 - 536 Karlsruhe 1961

Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen Hamburg 1935

Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht in Summum ius summa iniuria Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9 S. 145 Tübingen 1963

Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht JZ 1961, 465

Vertragsfreiheit heute JZ 1958, 1

Vertragsfunktionen und Vertragsfreiheit in Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. I S. 101-134 Karlsruhe 1960

	Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem in Festschrift für Julius von Gierke S. 181 - 200 1950
Rasch:	Die Kartellsperre Berlin 1938
	Das Verbot der Diskriminierung insbesondere in der Montanunion WuW 1954, 413
	Wettbewerbsbeschränkung, Kartell- und Monopolrecht Kommentar Berlin 1958
Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB	§§ 1 - 240 11. Aufl. Berlin 1959
Rittner:	Beschränkung des Kundenkreises MA 1958, 197
Röpke:	Die Lehre von der Wirtschaft 8. Aufl. Zürich und Stuttgart 1958
Schwartz:	Kontrahierungszwang für preisbindende Markenartikelhersteller? MA 1958, 51
Schweer:	Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang Dissertation Münster 1962
Sölter:	Beteiligung von Nichtmitgliedern an Fachverbands-Messen WuW 1951/52, 212
Spengler:	Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des BKartA WuW 1963, 3
	Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln Düsseldorf 1955

Steindorff: Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung in Summum ius summa iniuria
Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Bd. 9 Tübingen 1963

Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht
Frankfurt 1959

Summerer: Lauterkeit des Wettbewerbs und Preisdiskriminierungen in der Marktwirtschaft WuW 1958, 30

Rechtsform und wirtschaftliche Bedeutung des Verbots der Preisdiskriminierung
WuW 1955, 353

Die ungleiche Behandlung von Kunden (Diskriminierung) Düsseldorf 1958

Ulmer: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht Berlin 1932

Völp: Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang bei preisgebundenen Artikeln MA 1961, 279

Wieacker: Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen in Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages
Bd. II S. 1 - 18 Karlsruhe 1960

Gesetz und Richterkunst Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 34 Karlsruhe 1958

Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 3 Karlsruhe 1953

Zeitler: Diskriminierung, Diskriminierungsverbot und Nichtdiskriminierungsverträge unter wirtschaftlicher Sicht WuW 1960, 81

Zimmermann: Das Verbot der Preisdiskriminierung im Recht der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl Frankfurt 1962

Zippelius: Wertungsprobleme im System der Grundrechte München 1962

MATERIALIEN UND BERICHTE

Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
2. Wahlperiode Bundestagsdrucksache 1158 Anlage 1

Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
2. Wahlperiode Bundestagsdrucksache 1158 Nach Anlage 1
(zit. Begründung zum Regierungsentwurf)

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß)
über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
2. Wahlperiode zu Bundestagsdrucksache 3644, 1158
(zit. Schriftlicher Bericht)

Kurzprotokolle des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zum Kartellgesetz
(zit. Kurzprotokolle)

Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages (Salzburg) Zweiter Band
(Stenographischer Bericht) Berlin und Leipzig 1928

Berichte des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den
Jahren 1958 3. Wahlperiode Bundestagsdrucksache 1000
1959 3. Wahlperiode Bundestagsdrucksache 1795
1960 3. Wahlperiode Bundestagsdrucksache 2734
1961 4. Wahlperiode Bundestagsdrucksache IV/378
1962 4. Wahlperiode Bundestagsdrucksache IV/1220
(zit. Tätigkeitsberichte)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
Abs.	=	Absatz
AG	=	Amtsgericht
Anm.	=	Anmerkung
AOK	=	Allgemeine Ortskrankenkasse
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
BB	=	Der Betriebsberater
Bd.	=	Band
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Amtliche Sammlung der BGH-Entscheidungen in Zivilsachen
BKartA	=	Bundeskartellamt
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Amtliche Sammlung der BVerfG-Entscheidungen
DB	=	Der Betrieb
dgl.	=	dergleichen
DV	=	Diskriminierungsverbot
Einl.	=	Einleitung
Fußn.	=	Fußnote
gem.	=	gemäß
GG	=	Grundgesetz
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	=	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

i.S.	=	im Sinne
JUS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
KartG	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen und Beschlüsse des Kartellgerichts
KartVO	=	Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht von 1923 (Kartellverordnung)
KG	=	Kammergericht
KR	=	Kartellrundschau
LG	=	Landgericht
MA	=	Der Markenartikel
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	=	Oberlandesgericht
RG	=	Reichsgericht
RGZ	=	Amtliche Sammlung der RG-Entscheidungen in Zivilsachen
S.	=	Seite
u.a.	=	unter anderen
UWG	=	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	=	vor allem
vgl.	=	vergleiche
VG	=	Verwaltungsgericht
WRP	=	Wettbewerb in Recht und Praxis mit Kartellrecht
WuW	=	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	=	Wirtschaft und Wettbewerb, Sammlung kartellrechtlicher Entscheidungen
z.B.	=	zum Beispiel

ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
Ziff.	=	Ziffer

EINLEITUNG

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (GWB) verbietet in § 26 Abs. 2 marktbeherrschenden Unternehmen, Kartellen und preisbindenden Unternehmen, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln. Durch diese weite Fassung des Diskriminierungstatbestandes versucht die Gesetzgebungstechnik dem Gegenstand der Regelung gerecht zu werden:

In unserer Wirtschaftsordnung, deren Ordnungsprinzip der freie Wettbewerb ist, wird der Privatinitiative und dem Einfallsreichtum des einzelnen Unternehmers die Funktion eines treibenden Motors der Volkswirtschaft zuerkannt. Daher muß der Gesetzgeber, der die Wettbewerbsordnung nicht mehr als Naturereignis sondern als eine in rechtliche Bahnen zu ordnende staatliche Veranstaltung ansieht (1), bei der gesetzlichen Statuierung rechtlicher Schranken, die der Realisierung neuer wirtschaftlicher Ordnungszwecke dienen, mit dieser Privatinitiative und dem Einfallsreichtum rechnen. Eine Gesetzestechnik, die in dieser Materie von festumgrenzten enumerativen Tatbeständen Gebrauch macht, wird sich einerseits als zu eng, andererseits als zu unvollkommen erweisen. So können festumgrenzte Verhaltensverbote durch die dynamische Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse schnell überholt sein und sich als lästige Fessel unternehmerischer Planung erweisen. Andererseits besteht die Gefahr, daß die Normadressaten mit Scharfsinn die Lücken und Umgehungsmöglichkeiten im Regelungszusammenhang der enumerativen Tatbestände erspähen, um ihr Verhalten danach einzurichten.

Die Wirklichkeit des Wirtschaftslebens, das auf der Freiheit der privaten Wirtschaftssubjekte gründet, empfiehlt infolge der Vielfalt der vorkommenden Fälle den Verzicht auf eine ins einzelne gehende gesetzliche Regelung überall dort, wo nicht ein überwiegendes Sicherheitsinteresse eine strenge begriffliche Erfassung der Sachverhalte durch das Gesetz fordert (2). Dem Gesetzgeber

---

(1) Miksch aaO S. 11 f.

(2) Esser Grundsatz und Norm S. 335

bietet sich die Möglichkeit, die Regelung durch Aufstellung allgemeiner Richtlinien in Form einer Generalklausel zu treffen. So ist auch der Gesetzgeber bei der Normierung des Diskriminierungsverbots (DV) in § 26 Abs. 2 GWB verfahren. Die Fülle der konkreten Fallgestaltungen, die künftig im Lichte dieser Vorschrift geprüft werden, ist noch nicht übersehbar.

Nicht zufällig hat zunächst bei der Auslegung des § 26 Abs. 2 der Praktiker die literarische Führung. Wie in vielen Bereichen des Wirtschaftsrechts (3) besitzt der Praktiker vor allem bei der Kommentierung des GWB, für das die Häufung der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe kennzeichnend ist, die notwendige Vertrautheit mit der Materie und die Beherrschung der Tatsachen des Wirtschaftslebens. So versuchen zuerst die Parteien- und Interessenvertreter an Fällen aus vorgesetzlicher Zeit, aus der Praxis oder an hypothetischen Fallbildungen den Anwendungsbereich der Vorschrift abzustecken und gewisse Auslegungsgrundsätze zu entwickeln, die versehen sind mit Interessenfärbungen verschiedenster Provenienz.

Dann stellt sich dem Richter als einem am Interessenstreit unbeteiligten Dritten die Anwendungsproblematik für den konkreten Fall. Die Wissenschaft leistet ihm in diesem Stadium bei der Auslegung nur eine unvollkommene Hilfestellung, insbesondere dann, wenn die Generalklausel nicht eine schon gefestigte Rechtsentwicklung nachträglich sanktioniert, sondern einen Ordnungsgedanken erst verwirklichen will in einem Bereich, in dem sich ein den Ordnungsgedanken tragendes gesichertes Rechtsbewußtsein noch nicht entwickelt hat (4).

Die Doktrin vermag dem Richter bestenfalls das methodische Rüstzeug für die Anwendung einer Generalklausel zu liefern, ihn auf die historischen Vorläufer der Regelung, auf Analogien in anderen Teilbereichen der Rechtsordnung, auf gleich oder ähnlich gestaltete Regelungen und Vorbilder in ausländischen Rechten und deren Anwendungspraxis rechtsvergleichend hinzuweisen, den systematischen Zusammenhang der Vorschrift und die angeschnittenen Wertungsfragen zu erörtern. So wird zwar eine Fülle von Gesichtspunkten zutage gefördert, ihr Aussagewert für die einzelne Fallentscheidung ist jedoch beschränkt. Den gesetzlichen Vorläufern liegen häufig andere oder noch nicht

---

(3) Ulmer aaO S. 5

(4) Begründung zum Regierungsentwurf B II, Günther BB 1957, 721 ff. GRUR 1958, 575 (579), Mestmäcker Marktbeherrschendes Unternehmen ... S. 23

so ausgeprägte Ordnungsgedanken zugrunde. Die Analogien aus anderen Teilrechtsbereichen sind bestimmt durch deren Eigenart und die in ihnen herrschenden sozialen Ordnungszwecke. Ein ausländischer Rechtszustand kann wegen der hinter ihm stehenden andersartigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Situation meist nur beschränkt als Vorbild herangezogen werden. Die Bedeutung systematischer Auslegung findet ihre Grenzen in Tatbeständen, die wie die Generalklauseln immer auf Wertungsfragen zugeschnitten sind. Die Erörterung von Wertungsfragen schließlich ist mangels Konkretheit nicht immer geeignet, dem Richter die Fallentscheidung wesentlich zu erleichtern.

Dem Richter ist hier weitgehend "die Normgestaltung ... unter dem Gesichtspunkt nicht kodifizierter Wertprinzipien" überlassen. Die "autonomen Wertprinzipien, die hier als 'Fenster' in das Ordnungsschema des Gesetzes eingebaut sind", bilden "die Aufhänger für die konkrete richterliche Normbildung ... (5)". Die allgemeinen Wertmaßstäbe erhalten durch die an der individuellen Fallentscheidung sich erweisenden Richterkunst, in der sich Methode mit Praktikererfahrung vereint, allmählich und mosaikartig konkrete Gestalt (6). "Erst die Kasuistik teilt uns mit, was rechtens ist (7)".

Nach diesem Akt der Rechtsschöpfung im Rahmen der gesetzlichen Richtlinien durch Grundsatz- und Präjudizienbildung kann eine fruchtbare wissenschaftliche Auseinandersetzung einsetzen, die ihren Schwerpunkt nicht im Historischen und nicht in der Rechtsvergleichung hat. Die Rechtskontrolle durch die Wissenschaft beschränkt sich nicht darauf, die Entscheidungen unter bestimmten Gesichtspunkten zu ordnen und die Mittel der Fallentscheidung zu analysieren. Zu einer wertungsfreien Wissenschaft, die die Interpretation als Willensakte der rechtsanwendenden Autorität als stets authentisch, d.h. rechtsverbindlich hinnimmt (8) und sich ihr kritiklos unterwirft, bekennt sich hierzulande die Jurisprudenz nicht. Eine am Fall orientierte Wertungs-

---

(5) Esser aaO S. 150

(6) Wieacker Gesetz und Richterkunst; zur Präzisierung des Begriffs der richterlichen Rechtsschöpfung vgl. Steindorff Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung aaO S. 64 ff.

(7) Esser aaO; zur Kasuistik zählen für § 26 Abs. 2 GWB auch die Entscheidungen der Kartellbehörden, deren Verfahren gerichtsähnlich geregelt ist.

(8) Wie Kelsen Reine Rechtslehre S. 271, in Festschrift für Giacometti S. 150 f.; gegen in Larenz aaO S. 81 mit weiteren Literaturangaben.

jurisprudenz sucht vorschneller Leitsatzbildung und falscher Weichenstellung in der Gesetzesanwendung zu wehren, wenn feststeht, daß durch sie der legislatorische Ordnungsgedanke und die durch ihn ausgedrückte Wertentscheidung verfehlt sind. Sie untersucht, ob die Wertungswelt des Gesetzgebers mit der des Richters übereinstimmt und welcher im Falle des Abweichens voneinander der Vorzug gebührt.

In dieser Arbeit soll versucht werden, die vorhandene Spruchpraxis der Gerichte und Kartellbehörden auszuwerten. Dabei soll einmal nicht der ansonsten vor allem für das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen übliche und auch fruchtbare Weg der Rechtsvergleichung beschritten werden. Denn auch das Gedankengut des nationalen Rechtskreises, das sich bereits einige aus der Rechtsvergleichung stammende Impulse einverleibt hat, enthält eine Reihe entwicklungsfähiger Ansätze für das Diskriminierungsproblem. Diese aufzudecken, an der Rechtspraxis zu belegen und in der Auseinandersetzung mit Fehlentwicklungen zu verdeutlichen, ist das Ziel dieser Arbeit.

ERSTES KAPITEL

§ 1 Kurzer Überblick über die Problematik des § 26 Abs. 2 GWB

Das GWB stellt in § 26 Abs. 2 den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht in Form der unterschiedlichen Behandlung unter ein Verbot. Sieht man einmal von den Anwendungsschwierigkeiten ab, die sich bei der Begriffsbestimmung der Adressaten des § 26 Abs. 2, v.a. beim marktbeherrschenden Unternehmen ergeben, so stellt sich das zentrale Problem des Diskriminierungstatbestandes in der Frage nach der sachlichen Rechtfertigung einer Behinderungs- oder Differenzierungshandlung. "Unbillig" bedeutet hier nichts anderes als "sachlich nicht gerechtfertigt" (1). Es ist verfehlt, zwischen diesen Begriffen in diesem Zusammenhang noch differenzieren zu wollen (2). Aus der Unterscheidung des Gesetzes zwischen "unterschiedlich behandeln" und "behindern" folgt, daß sowohl die kundenbezogene als auch die mitbewerberbezogene Diskriminierung dem Verbot unterliegen. Hauptanwendungsfall der unterschiedlichen Behandlung ist die kundenbezogene Diskriminierung, während die Behinderung hauptsächlich die mitbewerberbezogene Diskriminierung betrifft (3). Beiden Tatbestandsmerkmalen ist das Moment der Unterschiedlichkeit eigen. Auch bei der unbilligen Behinderung stellt das Gesetz das behinderte Unternehmen

---

(1) so auch Rasch Kommentar zu § 26 Anm. 6, vgl. auch Kurzprotokoll Nr. 167, wo Günther als Vertreter des BWM erklärt, man habe das Wort "unbilligerweise" vor "unterschiedlich behandeln" durch die Worte "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" ersetzt, um klarer zum Ausdruck zu bringen, in welchem Umfang eine unterschiedliche Behandlung untersagt sein solle. Hier wird deutlich, daß auch der Gesetzgeber keinen rechtlichen Unterschied zwischen "unbillig" und "sachlich nicht gerechtfertigt" machte.

(2) Einige Kommentare bemühen sich, hier Unterscheidungen zu treffen: Benisch im Gemeinschaftskommentar zu § 26 Abs. 2 Anm. 49; Baumbach/Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 35

(3) Vgl. zu dieser Unterscheidung Fikentscher WuW 1958, 259 ff., 263 ff.; Baumbach/Hefermehl aaO Anm. 39, 43

dem gleichartigen, im üblichen Geschäftsverkehr stehenden - und wie man ergänzen muß - nicht behinderten Unternehmen gegenüber, das mit dem diskriminierenden Unternehmen identisch sein kann. Nur ist einmal auf die Wirkung - Behinderung -, zum anderen auf das Mittel - unterschiedliche Behandlung - abgestellt (4). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Maßstäbe, die über die Zulässigkeit einer Differenzierung oder Behinderung entscheiden, in den beiden Fällen unterschiedlich sein sollen, zumal sich angesichts der Vielfalt der Wettbewerbstatbestände viele Diskriminierungsfälle einer eindeutigen Klassifizierung, sei es als mitbewerberbezogene Behinderung, sei es als kundenbezogene Differenzierung entziehen, weil sie die Merkmale beider Alternativen aufweisen (5).

Die Tatbestandselemente Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr kennzeichnen die vergleichbare Lage, in der sich die durch das DV geschützten Unternehmen befinden müssen. Differenzierungen gegenüber ungleichartigen Unternehmen oder solchen, denen ein Geschäftsverkehr üblicherweise nicht zugänglich ist, sind dem Gesetz zufolge zulässig, da hier vom Gesetzgeber anerkannte sachlich wesentliche Verschiedenheiten vorliegen, die eine unterschiedliche Behandlung als sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen.

---

(4) Mestmäcker Marktbeherrschende Unternehmen ... S. 17
(5) Spengler WuW 1963, 11; Benisch aaO Anm. 44

§ 2 Geschichtliches zur rechtlichen Behandlung differenzierenden Verhaltens im Wirtschaftsverkehr und zur Entstehung des Diskriminierungsverbots

Die Problematik der Zulässigkeit differenzierenden Verhaltens im Wirtschaftsverkehr wurde vor Erlaß des GWB im Zusammenhang mit den Fragen des äußeren Organisationszwangs der Kartelle und mit Fragen des Monopolmißbrauchs diskutiert. Die unterschiedliche Behandlung als eine der bedeutsamsten Waffen aus dem Arsenal des Organisationszwangs (1) richtete sich als Maßnahme der Kartellpolitik vornehmlich gegen Lieferanten und Kunden, sie konnte auch wie z.B. im Falle einer regionalen Preisunterbietung sich gegen Außenseiter richten (2).

I. Maßstab der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zur rechtlichen Beurteilung des Organisationszwangs war der Begriff der guten Sitten der §§ 826 BGB, 1 UWG. Ausgehend von der rechtlichen Zulässigkeit der Organisation beanstandete die Rechtsprechung den Organisationszwang solange nicht, wie er sich in den Grenzen des kaufmännischen Anstands bewegte (3). Dementsprechend konnte eine Kampfmaßnahme unzulässig sein wegen Sittenwidrigkeit des Zwecks oder des Mittels. Auch mußten Zweck und Mittel in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, wenn die Kampfmaßnahme vom Gericht gebilligt werden sollte.

1.) Einen exemplarischen mitbewerberbezogenen Diskriminierungsfall behandelt das vieldiskutierte Benzinkampfurteil des Reichsgerichts (4). Es handelt sich um den Preiskampf zwischen einem Benzinkartell und einem Tankstellenbesitzer bei Düsseldorf im Jahre 1929. Der Tankstellenbesitzer verkaufte

---

(1) Lehnisch Die Wettbewerbsbeschränkung S. 112, 190, 292; Rasch Die Kartellsperre S. 30

(2) Rasch aaO S. 37

(3) Böhm Wettbewerb und Monopolkampf S. 194, 198 ff.

(4) RGZ 134, 342 ff.

Benzin zu einem geringeren Preis als die Verkaufsstellen des Benzinkartells. Dies vermochte er infolge geringerer Gestehungskosten und einer billigeren Beschaffungsquelle (ausländische Raffinerie). Das Benzinkartell entschloß sich darauf, den Tankstellenbesitzer solange - koste es, was es wolle - in seinem Tätigkeitsbereich zu unterbieten, bis er vom Markt verdrängt oder zur Unterwerfung unter die Preispolitik des Kartells bereit wäre. Das RG lehnte es ab, den Fall in kartellrechtlichen Zusammenhängen zu sehen (5). Auch die Kartelle unterlägen gleicher Beurteilung durch das Recht, soweit nicht die speziellen Vorschriften des Kartellgesetzesrechts eingreifen würden. Ihnen sei das Unterbieten der Konkurrenzpreise regelmäßig erlaubt, jedoch könne unter besonderen Umständen eine Verlustpreisunterbietung zum unlauteren Wettbewerb werden, wenn sie zur Niederringung der Mitbewerber erfolge, "koste es, was es wolle". Ein solches Verhalten qualifizierte das RG - unter Übernahme einer Unterscheidung von Nipperdey (6) zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb - als Behinderungswettbewerb. Die Preissenkung sei nicht Ausdruck der Leistungsfähigkeit des Unterbieters, sondern sie sei vorübergehend vorgenommen worden, nur um die Konkurrenz auszuschalten. Dies sei wegen des klar zutage tretenden Vernichtungszwecks als Verstoß gegen die §§ 826 BGB, 1 UWG unzulässig.

2.) Eine weitere Anregung Nipperdeys (7) aufgreifend bekämpfte die Rechtsprechung nach anfänglichem Zögern auch die Vertragsverweigerung eines Monopols als eine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schädigung unter den Voraussetzungen des § 826 BGB. Im Ergebnis wurde jedoch ein sittenwidriger Monopolmißbrauch nur für die Fälle bejaht, in denen es sich um die Verweigerung des Geschäfts über lebensnotwendige Versorgungsgüter, wie Elektrizität und Wasser handelte (8).

---

(5) kritisch hierzu Ulmer S. 18, Rasch aaO S. 38, die zutreffend auf den systematischen Zusammenhang mit dem Organisationszwang hinweisen; vgl. auch Kestner/Lehnich S. 72

(6) Nipperdey Wettbewerb und Existenzvernichtung S. 16 ff.

(7) Nipperdey Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag S. 57 ff.

(8) RGZ 132, 273; 133, 388; 142, 85 (93); 143, 24; 148, 326 (334)

3.) Dieser Rechtsprechung ist temperamentvolle Kritik nicht erspart geblieben. Vor allem Böhm [9] und Rasch [10] erheben den grundsätzlichen Einwand, daß hier dem dafür nicht geschulten sittlichen Empfinden eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Entscheidung zugemutet werde. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sei ebensowenig wie das Sittenempfinden bestimmter Berufskreise fähig noch sachlich legitimiert, verfassungsrechtliche und wirtschaftspolitische Entscheidungen zu treffen und darüber zu befinden, ob das Wirtschaftsleben nach den Grundsätzen der freien Verkehrswirtschaft oder nach anderen Grundsätzen verfaßt sein soll.

Ob es die Rechtsprechung über die Guten-Sittenklauseln überhaupt leisten kann, Ordnungsgrundsätze im Wirtschaftsleben zu verwirklichen, hängt davon ab, wie weit man den Sittenwidrigkeitsbegriff faßt. Es hat schon früher nicht an Stimmen gefehlt, die den Sittenwidrigkeitsbegriff nicht auf den ursprünglichen Geltungsbereich des Verstoßes gegen die geltende Rechtsmoral beschränken, sondern ihn auch auf Verstöße gegen die Ordnung des Verkehrs anwenden wollten [11]. Die in positivistischer Enge befangenen deutschen Gerichte zwang schon die Vorstellung von der Lückenlosigkeit der gesetzten Rechtsordnung zur Anknüpfung an die Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB, 1 UWG [12]. Die Fallgruppe des Monopolmißbrauchs [13], die die Rechtsprechung zu den §§ 138, 826 BGB entwickelte, läßt trotz der starken Betonung subjektiver Vorwurfselemente bei der Tatbestandsprüfung den Schluß zu, daß die Rechtsprechung die Notwendigkeit objektiv bestimmter Schrankenziehung unternehmerischen Verhaltens gefühlsmäßig empfunden hat. Die Generalklauseln dienten als "Begründungsnotbehelfe", über die neue Rechtsgedanken "zunächst keimhaft und noch ohne bestimmte Konturen" Einlaß in die Rechtsordnung fanden, bevor ihr rechtssystematischer Zusammenhang

---

(9) Böhm aaO S.198 ff.

(10) Rasch aaO S. 9

(11) Lehmann, H. aaO S. 88; van Dam aaO s. 57 f.; Nipperdey Wettbewerb und Existenzvernichtung S. 12; Kestner/Lehnich S. 203; so auch heute noch Enneccerus/Nipperdey II. Halbband § 191 I Fußn. 6; kritisch neuerdings Steindorff Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung aaO S. 77

(12) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar Vorbem. 8 zu §§ 22 - 24 GWB

(13) Vgl. die Übersicht bei Bartholomeyczik aaO Vorbem. 10, 11

geklärt war und sie zu festumgrenzten Rechtsinstituten entwickelt wurden (14).

Der Rechtsprechung mißlang jedoch letztlich die Errichtung von rechtlich verbindlichen Ordnungsgedanken im wirtschaftlichen Wettbewerb. Zwar erweiterte die Rechtsprechung den Begriff der Sittenwidrigkeit. Unter sie fielen auch Beeinträchtigungen der persönlichen Freiheit und des Gemeinwohls (15). Die Judikatur haftete aber am Erfordernis der subjektiven moralischen Vorwerfbarkeit eines monopolistischen Verhaltens. Die Beurteilungsmaßstäbe wurden weiterhin aus dem Moralempfinden abgeleitet. Erfaßt wurden so nur die besonders krassen Fälle wie die planmäßige Preisunterbietung mit dem Ziel der Existenzvernichtung des Mittbewerbers oder die Weigerung des Vertragsschlusses über lebensnotwendige Güter.

Mit diesen Maßstäben wurde aber die eigentliche Problematik verfehlt, die sich mit der Existenz von wirtschaftlicher Macht in einer nach dem Wettbewerbsprinzip strukturierten Wirtschaft stellt. Die Begründungen, die auf ihnen basierten, vermochten die im Ergebnis richtigen Entscheidungen nicht zu tragen oder trafen nur für einen begrenzten Teilbereich der Wirtschaftsordnung zu.

So hat man dem Reichsgericht mit Recht entgegengehalten, daß es auf den Gesichtspunkt der Existenzvernichtung nicht ankommen könne (16). In einer Wettbewerbswirtschaft hat der klare Leistungsvorsprung eines Unternehmers häufig zur Folge, daß ein anderer Mitbewerber auf der Strecke bleibt, wenn er sich nicht in der Leistung seinerseits anpaßt. Es ist durchaus legitim, das Ziel anzustreben, den Marktanteil dadurch zu vergrößern, daß durch eigene Leistungssteigerung ein anderer vom Markt verdrängt wird.

Auch aus der Tatsache, daß das RG einen Kontrahierungszwang für Monopolbetriebe nur in den Fällen bejahte, in denen es sich um Liefersperren von Elektrizitäts- und Wasserwerken, also um den Ausschluß von öffentlicher

---

(14) Ballerstedt aaO S. 59 Fußn. 158

(15) RGR Kommentar zu § 138 Anm. 39, 49

(16) van Dam S. 49; Heintzeler S. 50; Böhm aaO S. 202, der auf die Konsequenz hinweist, daß die Störaktionen eines Monopolisten um so drastischer sein dürften, je leistungsfähiger der bekämpfte Gegner sei, wenn man die Grenze der Sittenwidrigkeit erst dort verlaufen lasse, wo die Kampfhandlung vernichtende Wirkung zeitige.

Versorgung handelte, läßt sich folgern, daß das RG die Abschlußfreiheit des Monopolisten nur in dem Bereich beschränkte, in dem marktwirtschaftliche Grundsätze ohnehin keine Geltung besaßen. Die Versorgungsbetriebe sind - gleichgültig, ob sie von öffentlicher oder privater Hand betrieben werden - weitgehend aus der marktwirtschaftlichen Ordnung herausgenommen. Im Interesse einer sicheren und stetigen Erfüllung seiner Daseinsvorsorgepflichten verschaffte der Staat diesen Betrieben eine Inselstellung in dem im übrigen vorwiegend nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen betriebenen Wirtschaftsverkehr. In diesem Bereich der Daseinsvorsorge ist das Sozialstaatsprinzip der Vertragsfreiheit übergeordnet [17]. Der Verleihung einer Monopolstellung durch Gesetz oder Verwaltungsakt korrespondiert der gesetzliche Kontrahierungszwang. Es hätte daher für die Rechtsprechung nahegelegen, in den von ihr entschiedenen Fällen der Abschlußverweigerung von Versorgungsunternehmen, für die die gesetzliche Statuierung eines Kontrahierungszwangs versäumt wurde, statt des Wegs über § 826 BGB den einer Rechtsanalogie zu beschreiten. Allerdings wäre dieser Weg von vorneherein beschränkt auf die Fälle des Monopolmißbrauchs im Bereich der Daseinsvorsorge [18]. Das hätte aber am praktischen Ergebnis dieser Rechtsprechung nichts geändert. Das RG hat das ihr durch den Rückgriff auf § 826 BGB eröffnete weitere Anwendungsfeld, das gekennzeichnet ist durch den wirtschaftlichen Machtmißbrauch in Form der Abschlußverweigerung im marktwirtschaftlichen Bereich, ohnehin nicht betreten.

4.) Die Folgerung, daß damit die Rechtsprechung klassisch liberales Gedankengut aus dem 19. Jahrhundert konsequent angewandt hätte [19], ist nicht zwingend. Denn gerade die Lehre der klassischen Nationalökonomie, die dem freien Wettbewerb die Funktion eines Ordnungsprinzips einer auf privatem Profitstreben und persönlicher Initiative der Wirtschaftssubjekte aufgebauten Wirtschaft zuschrieb, hätte - wie Böhm [20] nachgewiesen hat - alle Vermachtungen als Störfaktoren in einer herrschaftsfreien Wirtschaftsordnung empfinden müssen. In Verfolg dieser Wirtschaftslehre hätte es nahegelegen,

---

(17) Raiser JZ 1958, 8

(18) Raiser Kontrahierungszwang im Monopolrecht aaO S. 525 ff., der hier vom gemeinwirtschaftlichen Bereich spricht.

(19) Wie Bartholomeyczik aaO Vorbem. 7, 9 meint.

(20) Böhm aaO S. 187 ff.

alle Machtbildungen auf dem Markte entschieden zu bekämpfen (21). Es ist auch nicht gerechtfertigt, der Rechtsprechung zu unterstellen, sie habe die im 20. Jahrhundert eingetretenen ideologischen und rechtssoziologischen Veränderungen ignoriert (22). Das RG spricht in unserem Zusammenhang selbst die Erkenntnis aus, daß die "Entwicklung des wirtschaftlichen, sittlichen und geistigen Lebens ... nicht unbeeinflußt geblieben" sei "von der Schaffung starker wirtschaftlicher Machtkörper durch Zusammenfassung vieler Einzelunternehmen zu Kartellen, Syndikaten, Trusts und dgl. und von dem starken wirtschaftlichen Druck, den diese Zusammenballungen auf den - wirtschaftliche gesehen - fast wehrlosen Einzelnen ausüben" (23).

Aus dieser Einsicht werden jedoch keine Konsequenzen gezogen. Der Rechtsprechung fehlte die klare Vorstellung eines Ordnungsgefüges der Wirtschaft, von der aus sich die Grenzen der Vertragsfreiheit im marktwirtschaftlichen System in einer den Anforderungen der Rechtssicherheit genügenden Weise ziehen ließen.

Die Privatrechtslehrer waren, soweit sie nicht überhaupt die wirtschaftsrechtliche Problematik als Randgebiet des ursprünglichen zivilrechtlichen Kernbereichs ignorierten oder sich nur mit den Kartellen unter vorwiegend gesellschaftsrechtlichen Aspekten beschäftigten (24), unter sich - häufig infolge verschiedener wirtschaftspolitischer Standpunkte - zu sehr in der rechtlichen Beurteilung wirtschaftlicher Machtbildung und -ausübung zerstritten, als daß sie in geschlossener Front der Rechtsprechung bei der Errichtung von Ordnungsgedanken behilflich sein konnten (25). Die Rechtsprechung war mitten in das

---

(21) Raiser Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen S. 278

(22) Vgl. hierzu Wieacker Sozialmodell ... aaO und Das bürgerliche Recht im Wandel ... aaO

(23) RGZ 134, 342 ff. (355 f.).

(24) Vgl. zur Überbetonung der gesellschaftsrechtlichen Seite der Kartelle und zur Vernachlässigung marktbeherrschender Einzelunternehmen in Rechtsprechung und Schrifttum die Darstellung bei Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtschutz S. 173 ff.

(25) Vgl. auf der einen Seite Böhm und Rasch in den angeführten Monographien, auf der anderen Seite Nipperdey und Isay in Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages S. 709 ff., 715 ff., 741 ff.; über diesen Juristentag vgl. die Darstellung bei Lehnich aaO S. 422 ff.

Kampffeld wirtschaftlicher Interessengegensätze hineingestellt. Das Leitbild einer geltenden Wirtschaftsverfassung als einer gegebenen Größe, deren Grundlage nicht bei jedem Rechtsanwendungsakt erneut zur Diskussion gestellt werden mußte, war nicht vorhanden. So zog es die Rechtsprechung vor, statt sich ohne gesicherte Maßstäbe in den Meinungsstreit über die wirtschaftliche Oppurtunität kartellistischer oder monopolistischer Maßnahmen zu begeben, weiterhin auf die ordnende Kraft des Wettbewerbs zu vertrauen und nur dort einzugreifen, wo sich das soziale Gefühl über den Begriff der guten Sitten rechtliche Durchsetzung verschaffen konnte. Es wurde nicht klar erkannt, daß tatsächliche Machtunterschiede auch im freien Wirtschaftsverkehr, im unbestrittenen Herrschaftsbereich der Privatautonomie, Beachtung fordern und die Regeln, die dem wirtschaftlichen Machtmißbrauch steuern sollen, aus der Wettbewerbsordnung entwickelt werden müssen.

Nur so wäre deutlich geworden, daß die Vernichtungspreisunterbietung nach Zonen ihren rechtlichen Unwert nicht aus dem angestrebten Ziel der Existenzvernichtung sondern aus der durch Ausübung wirtschaftlicher Übermacht erzielten wettbewerblichen Freiheitsbeschränkung des wirtschaftlich Schwächeren empfängt, die in einer auf freier Konkurrenz aufgebauten Wirtschaftsverfassung sachlich nicht gerechtfertigt werden kann. Ebensowenig hätte man sich der Einsicht verschließen können, daß die Abschlußverweigerung einem Großhändler gegenüber vom Standpunkt der Wettbewerbsordnung und für den Betroffenen nicht deshalb weniger bedenklich ist, weil er keine lebensnotwendigen Güter sondern Luxusartikel vertreibt (26).

II. Die Absicht des Gesetzgebers, gegen den Organisationszwang der Kartelle einen wirksameren Rechtsschutz für Außenseiter und Kunden zu errichten, führte zur Regelung des § 9 der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht von 1923 (KartVO) (27). Diese Bestimmung ist ein Glied des Systems staatlicher Kartellaufsicht, die die völlige Kartellfreiheit ablöste. Im Hinblick auf das Diskriminierungsproblem ist bedeutsam, daß der Gesetzgeber von 1923 den Versuch unternahm, neben dem vollständigen Ausschluß

---

(26) Mestmäcker aaO S. 13; Raiser Kontrahierungszwang im Monopolrecht S. 526 weist darauf hin, daß der Kreis der lebensnotwendigen Güter auch schwer abzugrenzen ist.

(27) zur Entstehungsgeschichte der KartVO vgl. Lehnich aaO S. 320.

von Lieferanten und Abnehmern vom Geschäftsverkehr mit den Kartellmitgliedern (Sperre) auch ihre unterschiedliche Behandlung (Nachteil von ähnlicher Bedeutung) gesetzlich zu erfassen [28].

1.) Die KartVO ging von der grundsätzlichen Zulässigkeit horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen aus. Sie unterstellte jedoch die Kartelle hinsichtlich der Ausübung des Organisationszwangs einer Mißbrauchskontrolle.

Bei der Handhabung der Präventivzensur des § 9 KartVO sah sich das KartG veranlaßt, gegenüber Organisationszwangsmaßnahmen die Einwilligung zu verweigern, wenn durch sie funktionell gleichartige Unternehmen unterschiedlich behandelt wurden und diesen dadurch der an sich zugängliche Geschäftsverkehr wesentlich erschwert wurde. Die Merkmale des "gleichartigen Unternehmens" und des "üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs" [29] wurden vom KartG zur Bestimmung der Sperre und des sperrähnlichen Nachteils entwickelt. Das KartG war bemüht, - ausgehend vom Sprachgebrauch - den Begriff des üblichen Geschäftsverkehrs nach objektiven Merkmalen abzugrenzen [30]. Im Ergebnis bezeichnete das KartG einen Geschäftsverkehr als üblich, der innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung allgemein geübt und als angemessen empfunden wurde [31]. Dabei wurde ausdrücklich betont, daß Kartelle grundsätzlich nicht befugt seien die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs willkürlich zu diktieren [32]. Jedoch wird in KartG Nr. 184 festgestellt, daß "auch Verbandsregeln unter gewissen Voraussetzungen Bedeutung für die Bestimmung des üblichen Geschäftsverkehrs erlangen können". Selbst die hinsichtlich der Kartellautonomie wesentlich vorsichtigere Entscheidung in KartG Nr. 218 erkennt die Befugnis eines

---

(28) Die Rechtspraxis des Kartellgerichts hierzu hat im Schrifttum ausführliche Darstellungen und kritische Würdigungen erfahren, so daß sich hier ein eingehender Überblick erübrigt; vgl. Rasch aaO S. 11 ff., 30 ff., 53 ff., 60 ff.; WuW 1954, 413; Böhm aaO S. 314; Lehnich aaO S. 369 ff.; Gentz Dissertation Köln 1960.

(29) Der Gesetzgeber knüpfte in § 26 Abs. 2 GWB bewußt an diese Entwicklung an. Amtl. Begründung zum Regierungsentwurf C zu § 23 3 b.

(30) KartG Nr. 184 = KR 1932, 556 (561)

(31) KartG Nr. 218 = KR 1934, 215 (220)

(32) KartG Nr. 118 = KR 1929, 393; KartG Nr. 146 = KR 1930, 849.

Kartells an, "die Regeln, nach denen es sich betätigen will, nach gesunden wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten ... selbst festzulegen, wo sich ... ein allgemein geübter und als angemessen empfundener Geschäftsverkehr noch nicht herausgebildet hat". Den Kartellen ist also die subjektive Einflußnahme auf die Bestimmung des üblichen Geschäftsverkehrs nicht völlig verwehrt.

2.) In die Auslegung der Kontrollvorschriften schlich sich die überkommene Auffassung wieder ein, daß den Kartellen zur Erhaltung ihrer Existenz gewisse Zwangsmaßnahmen zugestanden werden müßten. Das beeinflußte auch die Auslegungsmaßstäbe. Das vom RG entwickelte Kriterium der Existenzvernichtung kehrte in der Sperreinwilligungspraxis des KartG wieder, jetzt unter dem Aspekt der "unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit" (33).

An anderer Stelle wiederum hatte das KartG ein eindeutiges Bekenntnis zum Leistungsprinzip und freien Wettbewerb abgelegt und den Schutz dieser Ordnungsprinzipien angestrebt (34). Dieser Standpunkt wurde aber relativiert durch Zumutbarkeitserwägungen. Die Verhängung von Zwangsmaßnahmen wurde gebilligt, wenn dem Außenseiter der Beitritt zum Kartell oder den Kunden die Eingehung einer Reversverpflichtung zuzumuten war (35). Das von den Maßstäben her gesehen durchaus nicht einheitliche Bild der Praxis des KartG zu § 9 KartVO ist gekennzeichnet durch eine Zurückhaltung gegenüber dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten der Kartelle.

3.) Es sei hier schon auf den zwischen § 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVO bestehenden rechtssystematischen Unterschied hingewiesen. § 26 Abs. 2 ist ein Verbotstatbestand. Die Bestimmung gliedert sich ein in ein gegen Wett-

---

(33) KartG Nr. 80; Nr. 114 - als Kuriosum sei die Entscheidung Nr. 321 erwähnt: hier wird in eine Sperre gegen einen Kraftfahrzeughändler eingewilligt u.a. mit der Begründung, dieser könne dem Verlust seiner wirtschaftlichen Existenz dadurch entgehen, daß er in seinen früheren Beruf als Schlosser zurückkehre.

(34) KartG Nr. 370; Nr. 372.

(35) KR 1934, 413, 515.

bewerbsbeschränkungen gerichtetes Gesetz, das vom Kartellverbot ausgeht. Dieser gesetzessystematische Unterschied zwischen KartVO und GWB - dort Mißbrauchsprinzip, hier Verbotsprinzip - besteht auch zwischen den Einzelbestimmungen der §§ 9 KartVO und 26 Abs. 2 GWB. Dies entspricht der verschärften Gegnerschaft des GWB gegen Beschränkungen des freien Wettbewerbs und den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht. Schon diese Tatsache rechtfertigt es, für § 26 Abs. 2 GWB im Vergleich zu § 9 KartVO andere Auslegungsmaßstäbe zu entwickeln, die dazu führen, daß gegenüber wirtschaftlicher Machtausübung strenger verfahren wird.

III. Der unmittelbare Vorläufer des § 26 Abs. 2 GWB liegt im Besatzungsrecht. Die Dekartellierungsgesetze (36) verboten "den Boykott und die diskriminierende Behandlung von Herstellern, Grossisten, Verbrauchern oder anderen Personen zum Zwecke der Ausschaltung oder Verhinderung des Wettbewerbs." Hier tauchte erstmals der Begriff der Diskriminierung in der deutschen Gesetzessprache auf. Die Auslegung dieses oktroyierten Rechtssatzes bediente sich v.a. der Methode der Rechtsvergleichung mit dem amerikanischen Antitrustrecht (37).

IV. Die Zielsetzung des § 26 Abs. 2 GWB, die mißbräuchliche Anwendung von Marktmacht zum Schaden anderer Marktteilnehmer und zum Nachteil des Wettbewerbs zu verhindern, kommt auch in den Materialien (38) zum Ausdruck und bildet das Grundthema der Beratungen im wirtschaftspolitischen Ausschuß (39). Die Beratungen führten entgegen den ursprünglichen Vorstellungen des Regierungsentwurfs zur gesetzestechnischen Gleichstellung

---

(36) US Gesetz Nr. 56 und britische MRVO Nr. 78 Art. V 9 c 4.

(37) Vgl. hierzu Mestmäcker: Dekartellierung ... aaO S. 115 ff., WuW 1957, 34 ff.; Ewald WuW 1951, 53; Spengler Preisschleuderei ... S. 21 ff.

(38) Begründung zum Regierungsentwurf B I 4, C zu §§ 23, 25.

(39) Kurzprotokolle Nr. 166, 167, 168 vom 1., 7. und 8. März 1957

der marktbeherrschenden Unternehmen mit den Kartellen [40]. Außerdem wurde der Adressatenkreis auf die preisbindenden Unternehmen erweitert mit der Begründung, diese befänden sich in einer den marktbeherrschenden Unternehmen ähnlichen Marktsituation. Keinen Anklang fand der Vorschlag des Abgeordneten Scheel (FDP) [41], ein allgemeines Diskriminierungsverbot nach amerikanischem Vorbild in das GWB einzuführen. Hier überwogen die Bedenken, daß ein Diskriminierungsverbot, das sich nicht nur gegen marktmächtige Unternehmen richte, infolge seiner psychologischen Auswirkung auf die im Wettbewerb stehenden Unternehmen preiserstarrend wirke, da jeder befürchten müsse, sich durch eine Preisunterbietung diskriminierend zu verhalten. Ein allgemeines DV parallysiere im Effekt das in § 1 GWB enthaltene grundsätzliche Kartellverbot. Daher sprachen sich die Befürworter des freien Wettbewerbs gegen ein allgemeines DV aus [42].

---

(40) Nach der ursprünglichen Regierungsvorlage sollten Kartelle schärfer beurteilt werden als Marktbeherrscher. Diskriminierungen, soweit sie von Kartellen verübt wurden, sollten verboten sein; soweit sie von marktbeherrschenden Unternehmen ausgingen, konnte die Kartellbehörde sie im Wege der Mißbrauchsaufsicht auf Antrag oder von Amts wegen untersagen. Hier mag die Tatsache eine Rolle gespielt haben, daß das Problem wirtschaftlichen Machtmißbrauchs im älteren Schrifttum überwiegend nur im Zusammenhang mit dem Kartellproblem gesehen wurde während die von marktbeherrschenden Einzelunternehmen ausgehende Gefahr vernachlässigt wurde. Vgl. hierzu Fikentscher aaO S. 174 ff.

(41) Anlage II zum Kurzprotokoll Nr. 104.

(42) Wie Erhard und Böhm vgl. Kurzprotokoll Nr. 168. Trotz dieser eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung versucht Summerer WuW 1958, 30; Die ungleiche Behandlung von Kunden S. 23 ff., 27 ff. die Geltung eines allgemeinen DV zu begründen. Da ihn der Wortlaut des § 26 Abs. 2 GWB jedoch daran hindert, verlegt er den Geltungsgrund eines allgemeinen DV in das Recht des unlauteren Wettbewerbs. Seiner Ansicht wird jedoch im allgemeinen nicht gefolgt: Lanzenberger GRUR 1958, 578 (598); Fikentscher Die Preisunterbietung ... S. 76, DB 1960, 227 (229); Koenigs NJW 1961, 1043; schon Mestmäcker WuW 1957, 93; zur ökonomischen Seite der Problematik Zeitler WuW 1960, 82; vgl. aber Spengler Preisschleuderei ... S. 15, 18, 22, der meint, Summerer sei einer "auf die Dauer unentbehrlichen, aber derzeit noch nicht abge-

Zum eigentlichen Auslegungsproblem des DV, dem Problem der sachlichen Rechtfertigung einer Differenzierung, bieten uns die Materialien keine konkreten, juristisch verwertbaren Auslegungshilfen an. Immerhin weist uns die Begründung des Regierungsentwurfs auf einen Rechtsgedanken hin, auf dem wir bei unseren Lösungsbemühungen glauben fußen zu können. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG heißt es: "Wer Monopolmacht hat, kann im geschäftlichen Verkehr durch unterschiedliche Behandlung der Marktteilnehmer einen Einfluß ausüben, der ihm nicht möglich wäre, wenn ausreichender Wettbewerb bestehen würde. Eine derartige Diskriminierung ist Mißbrauch." (43) Aus dieser Erklärung ist zu schließen, daß der Gesetzgeber das DV als privatrechtliche Ausgestaltung des Gleichheitssatzes verstanden wissen will.

---

schlossenen Rechtsentwicklung vorausgeeilt" (S. 15), jetzt aber WuW 1963, 14. Zu dieser Frage auch WuW/E BKartA 101 betr. Wettbewerbsregeln des Kohleeinzelhandels.

(43) Begründung zum Regierungsentwurf B I 4.

§ 3 Das Diskriminierungsverbot in der Praxis der Rechtsprechung und der Kartellbehörden

I. Zunächst seien zwei Fälle dargestellt, in denen sich eine Verkaufsverweigerung auf persönliche Gründe stützt:

Eine Buchbinderei wurde durch einen Gesangbuchverlag nach jahrzehntelangem Bezug von Rohdrucken von weiterer Belieferung ausgeschlossen. Der eng begrenzte Kreis der Bindefirmen, die die Rohdrucke bezogen und die daraus gebundenen Gesangbücher vertrieben, wurde im übrigen weiter beliefert. Die Klägerin, die Buchbinderei, begehrte Wiederaufnahme der Belieferung. - Der BGH (1) bejahte grundsätzlich die Anwendbarkeit des DV auch auf Gegenstände, die nicht zu den lebenswichtigen wirtschaftlichen Bedarfsgütern gehören. Zur Frage der sachlichen Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung stellte das Gericht folgende Erwägungen an: Eine Diskriminierung, welche lediglich den Zweck der Ausschaltung des Wettbewerbs verfolge, sei unzulässig. Wenn sie jedoch daneben noch einen sachlichen, "d.h. den individuellen Beziehungen zum Ausgeschlossenen entnommenen Rechtfertigungsgrund enthalte", könne sie zulässig sein. Einen solchen Rechtfertigungsgrund könne man aber nicht darin sehen, daß die Klägerin früher einmal einen Rechtsstreit gegen die Beklagte geführt und gewonnen und dadurch dem Verhältnis zur Beklagten die Vertrauensgrundlage entzogen habe. Der Klägerin sei nicht vorzuwerfen, daß sie sich einem gesetzwidrigen Zustand widersetzt habe. Eine sachliche Rechtfertigung könne aber darin gesehen werden, daß die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien durch das von der Beklagten behauptete unsoziale Verhalten der Klägerin ihrer eigenen Belegschaft gegenüber erschüttert sei.

Ein weiterer Fall, in dem die Lieferverweigerung aus persönlichen Gründen diskutiert wurde, bildet der vom OLG Celle (2) entschiedene Braunkohlenfall. Hier hatte es eine Braunkohlengesellschaft abgelehnt, eine Kohlengroßhandlung, die zuvor etwa 25 % der Produktion der Braunkohlengesellschaft vertrieben hatte, weiterhin mit ihren Erzeugnissen zu beliefern. Als Grund

---

(1) BGHZ 19, 72 - WuW/E BGH 127. Die Entscheidung erging noch bei Geltung der Bestimmungen des Dekartellierungsrechts. Die Problematik der sachlichen Rechtfertigung liegt jedoch hier gleich.

(2) WuW/E OLG 254

wurde angeführt, der Großhändler habe hinter dem Rücken der Gesellschaft deren Konzernpolitik durchkreuzt. - Das Gericht erkannte zunächst, daß § 26 Abs. 2 GWB eine Erweiterung gegenüber § 826 BGB insofern darstelle, als § 26 Abs. 2 nicht mehr die Feststellung einer vorsätzlichen gegen die guten Sitten verstoßenden Schädigung verlange, sondern nur noch - Marktbeherrschung vorausgesetzt - das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung. Die Vorschrift sei also eine Fortentwicklung des bisher schon in gewissem Umfang bestehenden Kontrahierungszwangs. Die gewonnene Erkenntnis wurde jedoch jäh wieder aufgegeben, indem das Gericht erklärte, § 26 Abs. 2 gehe davon aus, daß die Ablehnung eines Vertragsschlusses durch ein marktbeherrschendes Unternehmen in der Regel einen Sittenverstoß enthalte, weil der abgelehnte Vertragspartner dadurch in eine unverdiente Zwangslage gerate und ihm nicht wieder gutzumachender Schaden entstehe. Ein sachlicher Grund liege dann vor, wenn die Ablehnung des Vertragsschlusses nicht gegen die guten Sitten verstoße. Der Gegensatz von "sachlich" sei nicht "persönlich" sondern "unsachlich". Persönliche Gründe könnten einen Vertragsschluß unzumutbar machen und daher eine Lieferverweigerung sachlich rechtfertigen.

II. Die folgende Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Geschäftsverweigerung der Realisierung oder der Umorganisation eines Vertriebssystems dient. In die gleiche Gruppe gehört der ausschließliche Vertrieb über Fachgeschäfte und über ausgewählte autorisierte Verkaufsstellen. Die hierzu ergangenen Entscheidungen beziehen sich ausschließlich auf Preisbinder.

Ein Zeitschriftenverlag, der ein Bücher-, Zeitschriften- und Schreibwareneinzelhandelsgeschäft, das sich gleichzeitig als Zeitschriftengroßhändler betätigte, seit längerem zu Grossistenpreisen belieferte, weigerte sich, dieses weiter zu beliefern. Er begründete sein Vorgehen damit, daß er einen anderen Zeitschriftengroßvertrieb künftig mit der Belieferung des Vertriebsgebiets, in dem sich bislang auch das Zeitschriftengeschäft als Großhändler betätigte, allein betrauen wolle. Es sei unwirtschaftlich, für die Belieferung eines einheitlichen Vertriebsgebiets zwei Grossisten einzuschalten. - Das OLG München (3) verneint das Vorliegen einer Diskriminierung. Auszugehen sei von dem "das gesamte Wirtschaftsleben beherrschenden" Grundsatz der

---

(3) WuW/E OLG 286

Vertragsfreiheit, "nach dem die Aufnahme und die Fortsetzung von geschäftlichen Beziehungen mit anderen Unternehmern in der Regel abgelehnt und insbesondere der Vertrieb nach selbstverantwortlichen betriebswirtschaftlichen und unternehmerischen Überlegungen des Erzeugers geregelt werden kann." Der Kontrahierungszwang sei eine Ausnahme von dieser Regel. An die Erfüllung seiner Voraussetzungen seien daher strenge Anforderungen zu stellen. - Nach diesem Bekenntnis zur Vertragsfreiheit stellte das Gericht eine Interessenabwägung an. Das wirtschaftliche Interesse an der Änderung des Vertriebssystems überwiege wegen der damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile für den Hersteller das Interesse des Abnehmers an der Aufrechterhaltung des Geschäftsverkehrs. Eine wirtschaftlich sinnvollere Gestaltung der Absatzorganisation sei stets geeignet, auch den Abbruch eines schon längere Zeit bestehenden Geschäftsverkehrs zu rechtfertigen.

Einer der größten Hersteller preisgebundener Markenkameras weigerte sich, ein bisher von ihm beliefertes Großhandelsgeschäft in K. weiter zu beliefern. Für sein Verhalten führte er geschäftspolitische Gründe an: Der Raum K. sei mit Großhändlern übersetzt, die Absatzorganisation arbeite daher unrationell. Die Marktlage gebiete es, im Zuge der Neuregelung des Vertriebsapparates die Großhändlerorganisation zu reduzieren. - Die Klage des Großhändlers auf Weiterbelieferung wies das LG Köln (4) ab. Bei Abwägung der beiderseitigen Interessen sei die Beendigung der Geschäftsverbindung mit der Klägerin weder eine unbillige Behinderung noch eine sachlich ungerechtfertigte Behandlung.

Unter Berufung auf die Entscheidungen des OLG München und des LG Köln verneinte auch das LG Mannheim (5) das Vorliegen einer Diskriminierung in einem Fall, in dem ein Großhändler für Pharmazeutika und Drogen von einem Hersteller, mit dem er in einem früheren Zeitpunkt schon einmal in Geschäftsverbindung gestanden hatte, Belieferung begehrte. Der Hersteller lehnte ab mit der Begründung, der Großhändler erreiche nicht den geforderten Mindestumsatz von 25.000,-- DM. Obwohl der Großhändler daraufhin die Bereitschaft bekundete, den Mindestumsatz zu erreichen, blieb der Hersteller bei seiner Weigerung. Das Gericht erkannte die Maßnahme als zulässige Differenzierung an, die auf wirtschaftlicher, rationeller Überlegung beruhe und die überdies bei dem in Frage kommenden Umsatzteil die geschäftliche Existenz des Großhändlers nicht gefährde.

---

(4) WuW/E LG/AG 150
(5) WuW/E LG/AG 179

Einen Beispielsfall, in dem ein Gericht das Vorliegen einer Diskriminierung bejahte, bietet ein Urteil des OLG Düsseldorf (6): Das Gericht hielt die Weigerung eines preisbindenden Schokoladenherstellers, einen Selbstbedienungsgroßhändler zu beliefern, für sachlich nicht gerechtfertigt. Es seien keine Anhaltspunkte vorhanden für die vom Hersteller vorgetragene Befürchtung, seinen Waren werde im Rahmen dieses Handels nicht die notwendige sachgemäße Behandlung zuteil. Auch erübrige sich eine besondere Beratung der Kundschaft, denn die Erzeugnisse des Schokoladenherstellers seien in Einzelhandelskreisen hinreichend bekannt. Die vom Hersteller vorgetragene Gefährdung seines Preis- und Vertriebsbindungssystems sei nicht hinreichend substantiiert. Folglich werde der Hersteller durch die Belieferung von Selbstbedienungsgroßhändlern nicht in seinen Interessen geschädigt.

Dem Grundsatz, daß es einem Unternehmen nicht nur freistehe, seinen Vertriebsweg zu bestimmen, sondern daß es den ursprünglich gewählten Vertriebsweg auch jederzeit auf Grund betriebswirtschaftlicher Erwägungen ändern könne, stimmt auch das BKartA zu.

Ein Hersteller von Waschmitteln, Seifen und Parfümerieartikeln entschloß sich, sein preisgebundenes Luxusseifensortiment nur noch im Direktgeschäft an ausgewählte Fachgeschäfte des Einzelhandels abzugeben. Diese Änderung des Vertriebs und der damit verbundene Ausschluß der Großhändler wurde gebietsweise nach und nach durchgeführt. Für die Umstellung waren einige Jahre in Aussicht genommen. Ein vom Ausschluß betroffener Großhändler fühlte sich dadurch diskriminiert. Im Laufe des Verfahrens vor dem BKartA ging der Hersteller in allen Gebieten des Bundesgebiets ausnahmslos zur Direktbelieferung über. - Das BKartA (7) billigte dem den Absatzweg ändernden Unternehmen auch eine sukzessive Umstellung zu. Diese müsse allerdings zügig und in angemessenen Fristen durchgeführt werden. Andernfalls könne, wenn andere Großhändler in das bisherige Absatzgebiet eines ausgeschlossenen Großhändlers eindrängen, auch eine Diskriminierung des Ausgeschlossenen vorliegen.

Nach Ansicht des BKartA (8) ist es auch zulässig, daß ein Unternehmen der Uhrenindustrie die Belieferung eines Kunden davon abhängig machte, daß ein

---

(6) WuW/E OLG 381 - aufgehoben durch den BGH in WuW/E BGH 477 aus Gründen, die nicht unmittelbar mit dem Diskriminierungsproblem zusammenhängen.

(7) Tätigkeitsbericht 1961, S. 35

(8) Tätigkeitsbericht 1961, S. 28

bestimmter Mindestumsatz getätigt werde. Auf Grund früherer Geschäftsbeziehungen sei ersichtlich gewesen, daß der Anzeigeerstatter den Mindestumsatz auch in Zukunft nicht erreichen werde. Im konkreten Fall spreche nichts dafür, daß das Unternehmen durch eine Angebotsmengenbeschränkung seine Marktstellung mißbrauche.

In den Fällen des selektiven Verkaufs über Fachgeschäfte oder autorisierte Verkaufsstellen sieht sich das BKatA veranlaßt, zusätzliche Erwägungen anzustellen:

Für sachlich gerechtfertigt hielt das BKartA (9) die Weigerung eines Unternehmens der Fotoindustrie, einen Fotoeinzelhändler zu beliefern, der nur über ein Etagengeschäft verfügte. Ein preisbindendes Unternehmen, das seine Erzeugnisse ausschließlich über den Fachhandel vertreibe, könne sich darauf berufen, daß ein Unternehmen nicht die Eigenschaft eines Fachgeschäfts habe.

Das BKartA (10) verlangt jedoch, daß der Hersteller die Beschränkung des Vertriebswegs auf Fachgeschäfte lückenlos durchführt:

Ein Hersteller von Fotofacherzeugnissen, der seine Filme außer über Fachgeschäfte auch über Warenhäuser, Bahnhofskioske, Souvenirgeschäfte und Automaten absetzte, weigerte sich, ein Versandunternehmen zu beliefern, das auch zahlreiche Kaufhäuser und technische Verkaufsstellen unterhielt. Das BKartA erklärte, hierdurch seien sowohl die Kaufhäuser und technischen Verkaufsstellen des Versandunternehmens als auch der Versandhandel selbst diskriminiert. Die Begründung des Herstellers, das Filmgeschäft solle dem mittelständischen Fachhandel als Äquivalent für das Risiko der anderen Fachsparten (Film- und Fotoapparate) möglichst überlassen bleiben, ließ das BKartA nicht als Rechtfertigung der Lieferverweigerung gelten; ebensowenig die vom Hersteller vorgetragene Befürchtung, der Fachhandel werde in Zahlungsschwierigkeiten geraten und sich aus Verstimmung über den Filmvertrieb im Versandhandel von

---

(9) Tätigkeitsbericht 1960, S. 53; 1961, S. 28. - Als Abgrenzungsmerkmale für ein Fotofachgeschäft sieht das BKartA an: angemessene Ausstellungsmöglichkeiten in Schaufenstern und Vitrinen, Vorhandensein eines normal ausgestatteten Verkaufsraumes und Vorrätighalten eines ausreichenden Sortiments der betreffenden Fachartikel, sowie geschultes Personal.

(10) WuW/E BKartA 397

seinen Markenerzeugnissen abwenden. - Das DV gebiete darüber hinaus auch die Belieferung mit Fotoapparaten, soweit das Versandunternehmen dem Hersteller die Einrichtung von Fotofachabteilungen in seinen Kaufhäusern und technischen Verkaufsstellen nachweisen könne. Diese müßten nur den Anforderungen genügen, die der Hersteller üblicherweise an die Fotoabteilungen seiner von ihm belieferten Kaufhäuser und Fachgeschäfte stelle.

Einem Hersteller von Pharmazeutika gestattete das BKartA (11) die Beschränkung des Vertriebs auf Apotheken und Fachdrogerien. Warenhäuser konnten demnach ohne Verstoß gegen das DV vom Warenbezug ausgeschlossen werden. - Die Absatzbeschränkung diene dazu, dem Publikum den Charakter der Erzeugnisse als Qualitätsprodukte eines seriösen pharmazeutischen Unternehmens durch den traditionsgemäßen Verkauf ständig vor Augen zu halten. Der Ausschluß könne somit eine werbende Wirkung haben und ein Mittel des Wettbewerbs darstellen.

Vorwiegend Rentabilitätsgründe machte ein Hersteller für Kindernährmittel für die Beschränkung des Absatzes seiner Erzeugnisse auf Fachgeschäfte (Apotheken, Drogerien und Reformhäuser) geltend. Lebensmittelgeschäfte durften nur ausnahmsweise beliefert werden, wenn an dem betreffenden Ort sich in einem Umkreis von 4 km kein Fachgeschäft befand. - Das BKartA (12) sah darin keine Diskriminierung des Lebensmitteleinzelhandels, auch wenn die einzelnen Geschäfte über einen Drogenschrank verfügten. Der Konsum könne, da der Konsumentenkreis "von der Natur der Sache her beschränkt" sei, durch eine Ausweitung der Verkaufsstellen nicht erhöht werden. Eine Vergrößerung des Vertriebsnetzes auf Lebensmitteleinzelhändler habe lediglich eine Auftragszersplitterung zur Folge, die unrationell und daher für den Hersteller unzumutbar sei. Überdies seien Säuglinge in ihrer Ernährung sehr empfindlich. Die Ware müsse daher stets frisch sein. Das setze eine hohe Umschlaggeschwindigkeit voraus.

Einem Hersteller preisgebundener Parfümerie- und Seifenartikel gestattete das BKartA (13) den Vertrieb über bestimmte ausgewählte Einzelhandelsgeschäfte, die ihm nach Ausstattung, Lage und Umsatzerwartung als autorisierte Verkaufsstellen geeignet erschienen. Das Ziel des Unternehmers, seinen

---

(11) WuW/E BKartA 383
(12) WuW/E BKartA 497
(13) Tätigkeitsbericht 1961, S. 35

Erzeugnissen des gehobenen Körperpflegebedarfs durch eine repräsentative Auswahl der Verkaufsgeschäfte eine Prestigegeltung zu verschaffen, sei sachlich gerechtfertigt.

Die Freiheit in der Wahl und Gestaltung der Absatzwege erlaubt nach der Spruchpraxis der Rechtsprechung (14) und des BKartA (15) nicht nur den Ausschluß, sondern auch die Benachteiligung von Handelsstufen durch die Rabattsysteme. Die dem DV unterliegenden Unternehmen sind demnach weder genötigt, die Großhandelsstufe in den Vertrieb einzuschalten noch, falls sie diese beliefern, ihr einen Funktionsrabatt einzuräumen. Eine Mengenrabattstaffelung, die gleichermaßen für den Einzelhandel wie für den Großhandel eingeführt wird, ist nicht diskriminierend. Dies wird damit begründet, daß § 26 Abs. 2 sich seinem Wortlaut nach nur auf die ungleiche Behandlung gleichartiger Unternehmen beziehe und kein Verbot der gleichen Behandlung ungleichartiger Unternehmen enthalte.

III. An diese Fallgruppe anschließen lassen sich zwei Fälle, in denen absatzpolitisch motivierte Differenzierungen vorgenommen werden, die sich vorwiegend gegenüber den Mitbewerbern auswirken:

In einer neueren Entscheidung hatte sich der BGH (16) mit der Anwendbarkeit des DV auf eine vertragliche Bezugsbindung zwischen einem Kraftfahrzeughersteller und seinen Vertragshändlern und -werkstätten zu befassen. Die Händler und Werkstätten waren verpflichtet, ausnahmslos Originalersatzteile des Kraftfahrzeugherstellers und seiner Zulieferer zu beziehen. Die Verwendung von Nachbauteilen anderer Hersteller war ihnen untersagt. Hierdurch fühlten sich zwei Ersatzteilegroßhändler, von denen einer auch selbst Ersatzteile herstellte, diskriminiert. Die Vorinstanz hatte auf Grund einer Interessenabwägung festgestellt, daß die gegenwärtige Bezugsbindung in ihrer Gesamtheit gegen § 26 Abs. 2 verstoße. Der Hersteller habe nämlich die Bezugsbindung nicht auf die durch gewerbliche Schutzrechte geschützen sowie auf die für die Leistungsfähigkeit und die Fahr- und Verkehrssicherheit wesentlichen Teile

---

(14) WuW/E OLG 320; WuW/E BGH 502 (508).
(15) WuW/E BKartA 599; Tätigkeitsbericht 1962, S. 11
(16) WuW/E BGH 509

der Wagen beschränkt - was zulässig gewesen wäre -, sondern sie auf alle anderen Ersatz- und Austauschteile sowie auf das Spezialzubehör und die Spezialwerkzeuge erstreckt. Der BGH gelangte - ebenfalls auf Grund einer Interessenabwägung - zum gegenteiligen Ergebnis. Hierbei fiel entscheidend ins Gewicht, daß der BGH das Interesse der Kraftfahrzeughersteller an der Förderung und Sicherung des Absatzes von Kraftfahrzeugen durch den Ausbau und die Erhaltung eines dichten Kundendienstnetzes in den Vordergrund rückte. Der Automobilfabrik müsse daher ein schutzwürdiges Interesse daran zugebilligt werden zu bestimmen, welche Ersatzteile durch den Kundendienst für die Reparatur und den Austausch von Teilen der Kraftwagen verwendet werden sollen. Anderenfalls werde durch die Abgabe fehlerhafter Einzelteile, die vom Hersteller nicht kontrolliert werden könnten, der Ruf des Herstellers beeinträchtigt, was sich wiederum nachteilig auf den Absatz von Neuwagen auswirke. Für das Kraftfahrzeug eines bestimmten Modells, das als sinnvolle Einheit von für sich allein vielfach belanglosen Einzelteilen verstanden werde, sei kein Teil so unwesentlich, daß es von der Bezugsbindung ausgenommen werden könne.

Die Mitglieder einer Gütezeichengemeinschaft für Lampen hatten vereinbart, nur solche Lampenhändler zu beliefern, welche sich durch Revers dazu verpflichteten, in ihren Katalogen und Prospekten lediglich Leuchten mit dem Gütezeichen zu führen. Hierzu stellte das LG Düsseldorf (17) fest, die durch diese Abrede herbeigeführte mittelbare Behinderung der Mitbewerber und Abnehmer sei unbillig, weil die durch sie herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung keine sachliche Rechtfertigung in dem Zweck und der notwendigen Organisation der Gütezeichengemeinschaft finde. Der an sich billigenswerte Zweck der Vereinbarung, Irreführungen der Verbraucher über die Preisgünstigkeit der in den Katalogen und Prospekten der Großhändler abgebildeten Leuchten zu verhindern, könne wegen der mit dem Revers verbundenen intensiven Wettbewerbsbeschränkung keine rechtfertigende Wirkung haben.

---

(17) WuW/E LG/AG 94

IV. Charakteristisch für die folgende Fallgruppe ist, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen über den Zugang zu einem Geschäftsverkehr oder einer Veranstaltung verfügt und bestimmte Unternehmen davon ausschließt:

Ein Apotheker verlangte nach seiner behördlichen Zulassung in Berlin von der zuständigen Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK), daß die von ihm bedienten Rezepte in der gleichen Weise abgerechnet und vergütet würden wie die anderer Apotheker. Die AOK weigerte sich mit der Begründung, für den betreffenden Stadtteil sei die Arzneimittelversorgung bereits durch andere Apotheken hinreichend gewährleistet. Das LG Berlin (18) verneinte das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung für die Geschäftsverweigerung auf Grund einer Interessenabwägung.

Ähnlich ist ein Fall, der dem BGH (19) vorlag. Hier hatte eine AOK die Zulassung eines Herstellers von Fußpflegeartikeln zur Belieferung von Kassenmitgliedern mit Gummistrümpfen abgelehnt mit der Begründung, für eine Neuzulassung bestehe kein Bedürfnis. Der BGH hat die Klage zurückverwiesen mit dem Bemerken, daß eine unzulässige Diskriminierung vorliegen könne. Der Gesichtspunkt des mangelnden Bedürfnisses sei für sich allein kein rechtfertigender Grund für eine solche Behandlung.

Das LG Köln (20) entschied, daß es einer Stadtverwaltung freistehe, sich für die Bewachung von Parkplätzen zugunsten einer Bewachungsgesellschaft zu entscheiden. Bei der Wahl könne die Stadt sich von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen und die Gesellschaft bevorzugen, die ihr die günstigeren Bedingungen biete. Sei einer Gesellschaft das Aufsichtsrecht über die Parkplätze zugesprochen, so schließe dies die Betätigung einer anderen aus. Es sei nicht der Sinn des DV, dem einzelnen Wettbewerber die geschäftliche Tätigkeit zu gewährleisten. Eine Diskriminierung liege nur dann vor, wenn gleichliegende Vorgänge aus "wirtschaftsfremden Erwägungen oder aus Willkür" unterschiedlich behandelt würden.

---

(18) WuW/E LG/AG 116, bestätigt durch das Kammergericht Berlin WuW/E OLG 307 (310), zu entgegengesetztem Ergebnis gelangte das VG Berlin vom 2.9.1958, WuW/E VG 92, das den gleichen Sachverhalt lediglich auf einen Verstoß gegen § 826 BGH hin prüfte.

(19) BGHZ 36, 91 = WuW/E BGH 422

(20) WuW/E LG/AG 112 (114 f.)

Für diskriminierend hielt das BKartA [21] die Klausel eines Vertrages zwischen der Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen [22] und der Mineralölwirtschaft, die festlegte, daß Kraftstoffirmen, die nicht mindestens 2,5 % Marktanteil am Gesamtkraftstoffumsatz der Bundesrepublik nachweisen konnten, nicht an den Autobahntankstellen zugelassen werden.

Das BKartA [23] sprach einem Verband der Lederwarenindustrie das Recht ab, als Veranstalter einer Fachausstellung Nichtmitgliedern die Teilnahme zu versagen [24]. Sachlich gerechtfertigt sei es jedoch, den Nichtmitgliedern für die Teilnahme an der Ausstellung höhere Standflächenpreise zu berechnen als seinen beitragspflichtigen Mitgliedern.

Als Verstoß gegen § 26 Abs. 2 beanstandete das BKartA [25], daß Veranstalter von Gebrauchtwagen-Verkaufsausstellungen die Teilnahme davon abhängig machten, daß die Händler alle zur Ausstellung gebrachten Gebrauchtwagen bei einer bestimmten namentlich genannten Schätzstelle taxieren ließen. Dies diskriminiere sowohl die Händler, die ihre Fahrzeuge von anderen Sachverständigen schätzen lassen wollten, als auch die anderen gewerblichen Anbieter von Schätzleistungen.

Der BGH [26] prüfte die Weigerung einer Molkereigenossenschaft, einen innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs gelegenen Milcherzeuger [27] als Genossen aufzunehmen, auch auf einen Verstoß gegen § 26 Abs. 2. Der Milcherzeuger, der für seine an die Molkerei der Genossenschaft gelieferte Milch

---

(21) Tätigkeitsbericht 1961 S. 13

(22) Die Gesellschaft für Nebenbetriebe ist auf Grund des Bundesfernstraßengesetzes allein berechtigt, Belieferungsrechte für Bundesautobahntankstellen zu vergeben und daher nach Feststellung des BKartA marktbeherrschend i.S. des § 22 Abs. 1 GWB.

(23) Tätigkeitsbericht 1961, S. 39; vgl. auch Tätigkeitsbericht 1962, S. 35

(24) Der Wirtschaftsverband war ständiger einziger Veranstalter der jährlich zweimal stattfindenden Fachausstellung und insofern marktbeherrschend.

(25) Tätigkeitsbericht 1962, S. 28.

(26) WuW/E BGH 407

(27) Der Kläger war nach § 1 Abs. 1 des Milch- und Fettgesetzes verpflichtet, die auf seinem Hof erzeugte Milch an die Beklagte Molkereigenossenschaft zu liefern.

den gleichen Preis wie die Mitglieder gezahlt bekam und auch an den Jahresrückvergütungen aus den Gewinnen der Genossenschaft teilnahm, sah eine Diskriminierung darin, daß er an den Gemeinschaftseinrichtungen (hier z.B. eine Kartoffeldämpfanlage) und an der Willensbildung der Genossenschaft nicht teilhaben konnte. - Der BGH verneinte das Vorliegen einer Diskriminierung. Es sei nicht dargetan, daß das Milchgeld und die Jahresrückvergütung des Milcherzeugers zugunsten von Gemeinschaftseinrichtungen geschmälert worden sei (28). Außerdem schütze § 26 Abs. 2 den Kläger nur bei der Betätigung auf seiner Marktseite als Milcherzeuger, gewähre ihm dagegen keinen Anspruch, auch auf der anderen Marktseite der Molkerei beteiligt zu werden.

V. Zu einer weiteren Gruppe zusammenfassen lassen sich die Differenzierungen in Rabatten und Preisen. Mit der Zulässigkeit von Rabattdifferenzierungen hatte sich das BKartA naturgemäß vor allem bei der Prüfung der Zulässigkeit von Rabattkartellen nach § 3 GWB zu beschäftigen. Die Spezialvorschrift des § 3 Abs. 1 konkretisiert das in § 26 Abs. 2 enthaltene DV für Rabattkartelle (29).

Diese Fallgruppe zerfällt in zwei Untergruppen. Hier werden einmal bestimmten Unternehmen Mengenrabatte je nach der abgenommenen oder gelagerten Warenmenge gewährt, während andere, die bestimmte Voraussetzungen nicht erbringen, davon ausgeschlossen werden oder niedrigere Rabatte erhalten. - Die zweite Gruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß Differenzierungen in Rabatten oder Preisen damit begründet werden, daß sie vorgenommen wurden, um sich den Kosten- oder Wettbewerbsverhältnissen anzupassen.

---

(28) In einer Kürzung des Milchgeldes gegenüber Nichtmitgliedern kann jedoch eine Diskriminierung liegen, so Tätigkeitsbericht 1962 S. 62.

(29) Die Sonderproblematik des § 3 GWB, insbesondere die Frage der Vereinbarkeit von Gesamtumsatzrabatt- und Funktionsrabattkartellen mit dem DV soll hier nicht erörtert werden. Ihr hat Mestmäcker Das Rabattkartell ... aaO eine gründliche Untersuchung gewidmet. Vgl. auch Biedenkopf BB 1958, 757.

1.) Eine Gemeinschaft von Öfenherstellern meldete einen Kartellvertrag an, in dem u.a. vereinbart wurde, Handwerkern und Händlern ohne Laden und Lager, branchefremden Großhändlern und Verbrauchergenossenschaften einen feststehenden, die Mengenabnahme nicht berücksichtigenden Rabatt von 15 % zu gewähren. Der Fachhandel hingegen sollte Rabatte erhalten, die im Rahmen einer Staffelung nach dem im Jahr erzielten Umsatz auch die Mengenabnahme berücksichtigten. - Das BKartA (30) stellte fest: Wenn ein Rabattkartell gegenüber einer Abnehmergruppe die reine Mengenabnahme mit entsprechenden Rabatten honoriere und diese damit als zu entgeltende Leistung anerkenne, liege in der Verweigerung solcher Rabatte anderen Abnehmergruppen gegenüber eine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung. Allen Abnehmern, die dem Hersteller gegenüber gleiche Leistungen erbrächten, müßten gleiche Rabatte gewährt werden.

Dementsprechend entschied das OLG Düsseldorf (31): Ein Mühlenkartell, das die Rabatte nach Maßgabe der innerhalb eines Jahres abgenommenen Mehlmenge staffele, handele sachlich ungerechtfertigt, wenn es gesellschaftlichen Zusammenschlüssen von Großhändlern, die durch gemeinsamen Bezug eine höhere Rabattstufe erreichen wollten, den höheren Rabatt verweigere, den es z.B. Einkaufsgenossenschaften anstandslos zubillige.

Andererseits meinte das BKartA (32): Ein Fabrikant von Miederwaren, der Mengenrabatte gewähre, könne dem Fachhandel höhere Rabatte einräumen, wenn dieser besondere Leistungen wie Beratung, Anproben und Änderungen erbringe.

Eine Rabattvereinbarung von Röhrenherstellern sah vor, den Abnehmern einen Mengen- und einen Lagerhaltungsrabatt nach Maßgabe ihrer vierteljährlichen Bezugsmengen zu gewähren. Bei Errechnung der Bezugsmenge wurden jedoch nur Aufträge berücksichtigt, die eine bestimmte Mindestmenge umfaßten. Durch die Nichtberücksichtigung der unter dieser Mindestmenge liegenden Bezüge wurden Abnehmer, die den gleichen Jahresbezug im Vierteljahr tätigten, unterschiedlich behandelt. Dies sah das BKartA (33) als nicht leistungsgerecht i.S. des § 3 Abs. 1 GWB und damit als ungerechtfertigt an. -

---

(30) WuW/E BKartA 44
(31) WuW/E OLG 230
(32) Tätigkeitsbericht 1962, S. 50.
(33) WuW/E BKartA 538 ff.

Für unzulässig wegen Verstoßes gegen das DV des § 3 Abs. 1 GWB hielt es das BKartA auch, die Lagerhaltungsrabatte nach der Höhe der gelagerten Warenmenge zu staffeln. Die Lagerhaltungsleistung je Wareneinheit hänge nicht davon ab, ob kleine oder große Handelslager unterhalten würden, oder die Lagerhaltungskapazität zu einem hohen oder geringen Grade ausgenutzt werde. Die Rabattstaffel stehe daher zu dem mit der Leistungserbringung verbundenen Kostenverlauf in Widerspruch. Der Kostenverlauf sei das Richtmaß bei der Prüfung, ob die Kartellrabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellten. Andernfalls sei der Diskriminierung durch Kartelle Tür und Tor geöffnet.

Außer der Frage, ob die mit der Rabattregelung verbundene Differenzierung leistungsgerecht sei, untersuchte das BKartA in dieser Entscheidung auch den durch die Rabattregelung angestrebten weiterreichenden Zweck[34]: Durch die Nichtgewährung von Mengenbezugs- und Lagerhaltungsrabatten für Einzelaufträge, die unter der Mindestbezugsmenge liegen, sowie durch die leistungsmäßig nicht gerechtfertigte Staffelung der Lagerhaltungsrabatte werde den kleinen und mittleren Handelsunternehmen der Direktbezug erheblich erschwert. Seien diese nicht in der Lage, Einzelaufträge in Höhe der Mindestmengen zu erteilen, so seien sie gezwungen, sich Bezugsquellen zuzuwenden, wo sie günstigere Rabatte erhalten. Die Rabattregelung dränge somit die kleineren und mittleren Händler zum Bezug bei den großen Händlern, denen schon seit Jahrzehnten der Direktbezug vom Hersteller vorbehalten sei. Damit werde über die Rabattvereinbarung der gleiche Effekt erreicht, der sonst nur über horizontale Absprachen zwischen Lieferanten über die Einhaltung bestimmter Vertriebswege herbeizuführen wäre. - Rabattregelungen müßten sich auf den unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen Anbietern und Nachfragern beschränken. Weiterreichende Zwecke, insbesondere eine Ordnung der Bezugs- und Vertriebswege dürften mit Rabattkartellen nicht angestrebt werden.

2.) Anläßlich der Erlaubniserteilung für ein Rationalisierungskartell der Basaltindustrie gem. §§ 5 Abs. 2, 11 GWB führte das BKartA[35] aus: In der unterschiedlichen Preisgestaltung je nach Konkurrenzverhältnissen liege keine Diskriminierung. Wenn auch ein Kartell angesichts des § 26

---

(34) angeregt durch Mestmäcker Das Rabattkartell ... aaO S. 272 f.
(35) WuW/E BKartA 162 (170)

Abs. 2 in seiner wettbewerblichen Freiheit beschränkt sei, so sei ihm doch nicht verwehrt, sich veränderten Wettbewerbsverhältnissen, nämlich den Angeboten der Außenseiter und der Substitutionskonkurrenz sowie der Nachfrage anzupassen.

Der Rechtfertigungsgrund der Anpassung an die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse gestattet nach Ansicht des BKartA (36) auch die vorzeitige Auszahlung der Mengenrabatte an einzelne Großhändler, wenn mit Sicherheit feststeht, daß der betreffende Abnehmer den entsprechenden Jahresbezug tätigt.

Auch die sich aus der besonderen Lage Berlins ergebende Absatzbegrenzung sah das BKartA (37) als sachlich rechtfertigenden Grund dafür an, daß ein preisbindender Hersteller von Kraftfahrzeugbremsen, der die Rabatte nach der Abnahmemenge staffelte, den in Berlin ansässigen Fachgroßhändlern den Höchstrabatt schon bei der Erreichung von Jahresumsätzen gewährte, die unter denen der von gleichartigen Händlern des Bundesgebiets geforderten lagen.

Das BKartA (38) nimmt jedoch die Behauptung, eine Differenzierung erfolge aus Wettbewerbsgründen, nicht ungeprüft hin: Ein vom Kartellverbot gem. § 106 Abs. 2 GWB freigestelltes Syndikat der Zementindustrie, das über 95 % der Produktion über den Handel absetzt, forderte für Lieferungen in das rechtselbische Gebiet einen höheren Preis bei gleichen Rabattsätzen als für Lieferungen in das linkselbische Gebiet. Die Händler forderten infolgedessen auch von den im rechtselbischen Gebiet ansässigen zementverbrauchenden Unternehmen, z.B. von der Betonindustrie, einen höheren Preis. Diese wurden dadurch gegenüber den im linkselbischen Gebiet gelegenen Unternehmen wettbewerblich schlechter gestellt. Das BKartA sah darin eine mittelbare unterschiedliche Behandlung der zementverbrauchenden Unternehmen. Im Wege des Kostenvergleichs mit anderen Verkaufsgebieten, deren Produktionsverhältnisse gleich gelagert sind (Niedersachsen, Süddeutschland), stellte das BKartA fest, daß höhere Kosten, die auf den besonderen Produktions- und Transportverhältnissen der Zementindustrie im Raum Unterelbe herrührten, die Preisdifferenzierung ebensowenig rechtfertigten wie die gegebene Marktsituation.

---

(36) WuW/E BKartA 241 (249) "Terazzo"
(37) Tätigkeitsbericht 1962, S. 29
(38) WuW/E BKartA 508, bestätigt durch WuW/E BKartA 656.

§ 4 Kritik zur Entscheidungspraxis

Vor der dogmatischen Grundlegung des DV und der Auswertung des Fallmaterials soll auf einige praktische und methodische Bedenken hingewiesen werden:

I. Ein persönlicher Grund kann eine Geschäftsverweigerung sachlich rechtfertigen. Dies nach Meinung des BGH (1) sogar dann, wenn dieser persönliche Grund neben eine vom Unternehmer angestrebte Wettbewerbsbeschränkung tritt. Hier wird geradezu der Anreiz geschaffen, persönliche Gründe als Vorwand für wettbewerbsbeschränkende Praktiken vorzuschieben.

Ganz abgesehen davon stattet man die diskriminierungsfähigen Unternehmen mit einer sehr weitgehenden Sanktionsgewalt aus. Dies mag der BGH auch empfunden haben, als er eine auf Seiten des Gesangbuchverlags vorliegende persönliche Aversion, die durch eine begründete Rechtsverfolgung der Buchbinderei entstanden war, nicht als persönlichen Grund mit sachlich rechtfertigender Wirkung anerkannte. Andererseits soll ein unsoziales Verhalten der Buchbinderei ihrer eigenen Belegschaft gegenüber das persönliche Verhältnis zum Lieferanten so stark belasten können, daß er die Fortsetzung der Geschäftsverbindung aus diesem Grunde ablehnen darf. Ist es angemessen, so fragt Lieberknecht (2) mit Recht, allgemein die Marktteilnehmer darüber zum Richter einzusetzen mit der Befugnis zur Verhängung einschneidender Sanktionen, ob ein Unternehmer seine sozialen Verpflichtungen pünktlich erfüllt? Hier mag die religiöse Atmosphäre, in der dieser Fall sich abspielt, das Judiz getrübt haben.

II. Im Braunkohlefall bemüht sich das OLG Celle (3), bei der Auslegung des Merkmals der sachlichen Rechtfertigung eine Stütze bei dem ihm wohl vertrauteren Sittenwidrigkeitsbegriff zu finden. Es verfällt dabei in den Fehler,

---

(1) BGHZ 19, 72 = WuW/E BGH 127
(2) Lieberknecht Anm. zu WuW/E 127 (134 ff.)
(3) WuW/E OLG 254

eine Auslegungshilfe in Bestimmungen zu suchen, deren mangelnde Tragfähigkeit mit den Anlaß zum gesetzgeberischen Eingriff abgaben.

§ 26 Abs. 2 GWB sanktioniert nicht lediglich einen Teil der Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch, sondern stellt im Verein mit den anderen Normen des GWB den Schutz der Wettbewerbsordnung und der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen vor Übergriffen privater Machtträger auf festere Fundamente. Hiermit sind für diesen Bereich die §§ 138, 826 BGB, 1 UWG aus ihrer Notbehelfsfunktion entlassen. Die extensive und letztlich nicht befriedigende (4) Auslegung der Sittenwidrigkeitsklauseln in Richtung auf einen Schutz der wirtschaftlichen Freiheit und Ordnung verliert ihre sachliche Notwendigkeit.

Auf Diskriminierungen, die lediglich Ausfluß einer wirtschaftlichen Machtstellung sind und kein noch besonders hinzutretendes Sittenwidrigkeits- oder Unlauterkeitsmoment in sich tragen, sind die Sittenwidrigkeitsklauseln nicht anwendbar. Aus den Tatbestandsvoraussetzungen sind damit die engen subjektiven Erfordernisse eliminiert. Erst recht ist es an der Zeit, die teils unvollkommenen teils verfehlten Maßstäbe, die von der Rechtsprechung zum Kartell- und Monopolmißbrauch aus dem Moralempfinden hergeleitet wurden, aufzugeben (5). Die Feststellung wirtschaftlichen Machtmißbrauchs in Form der unterschiedlichen Behandlung richtet sich nach objektiven, auf die Marktordnung bezogenen Kategorien (6).

---

(4) Raiser Vertragsfunktionen ... aaO S. 133, Kontrahierungszwang im Monopolrecht aaO S. 532, 535

(5) So wurde in WuW/E LG/AG 179 immer noch mit auf das Merkmal der Existenzgefährdung abgestellt. - Die Beschränkung des Schutzes vor wirtschaftlichen Machtmißbrauch auf den Bereich der lebensnotwendigen Güter wurde dagegen schon in BGHZ 19, 72 aufgegeben.

(6) So für den Mißbrauchstatbestand Bartholomeyczik aaO zu § 22 Anm. 84; anders Frankfurter Kommentar zu § 22 TZ 47, der wieder auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abhebt.

III. Die Gerichtsurteile beruhen häufig auf einer Interessenabwägung. Dabei stellen sie die wirtschaftlichen Interessen des diskriminierungsfähigen Unternehmens denen des durch die unterschiedliche Behandlung betroffenen gegenüber. Aus dem Studium der Entscheidungsgründe gewinnt man den Eindruck, daß die Gerichte bestimmte Interessen einer Partei in den Vordergrund rücken und sie entweder für schutzwürdig oder nicht schutzwürdig erklären, wobei die Gründe für die Bevorzugung oder die Benachteiligung des einen oder anderen Interesses im Dunkeln bleiben.

In einigen Fällen wird dem Interesse des Herstellers an der Wirtschaftlichkeit des Vertriebssystems summarisch der Vorrang vor dem Interesse des Abnehmers an der Aufrechterhaltung des Geschäftsverkehrs eingeräumt (7). In einem anderen Fall wird erklärt, ein Hersteller werde durch die Belieferung von Selbstbedienungsgroßhändlern nicht in seinen Interessen geschädigt (8). Diese Entscheidung mußte es sich dann gefallen lassen, daß in Anmerkungen auf eine Fülle von plausiblen kaufmännischen Interessen hingewiesen wurde, die die Entscheidung nicht gebührend berücksichtigt habe (9). - Auch in dem vom BGH entschiedenen Fall betr. Kraftfahrzeugzubehörteile (10) beruht die Abweichung von der Vorinstanz darauf, daß hier das Interesse des Kraftfahrzeugherstellers an der Organisation eines Kundendienstnetzes zwecks Absatzsteigerung in den Vordergrund geschoben wurde, dem kein gleichrangiges Interesse der Ersatzteilhersteller und -händler gegenüberstehe.

Die Entscheidung über den Vorrang des einen oder anderen Interesses mutet häufig autoritär an. Nicht zuletzt dürfte dem Geschick des Parteivertreters, die Interessenlage plausibel zu machen, großes Gewicht zukommen. Zu leicht schleichen sich in die Abwägung auch richterliche Ansichten über die volkswirtschaftliche Oppurtunität einer Maßnahme ein.

§ 26 Abs. 2 GWB statuiert ein Verhaltensverbot. Den diskriminierungsfähigen Unternehmen werden bestimmte Formen der Interessenbetätigung untersagt, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt werden können. Eine Diskriminierung ist m.a.W. sachlich nicht gerechtfertigte Interessenbetätigung in Form der unterschiedlichen Behandlung. Für die Frage, was sachlich nicht gerecht-

---

(7) WuW/E OLG 286; WuW/E LG/AG 150, WuW/E LG/AG 179
(8) WuW/E OLG 381
(9) v. Renthe-Fink WuW/E OLG 383; Krahe BB 1961, 1306
(10) WuW/E BGH 509

fertigt ist, kommt es nicht auf das dahinterstehende Interesse an (11). Dies ist nur auf Grund einer Bewertung des differenzierenden Verhaltens zu entscheiden, wobei die Gegenüberstellung der Interessen die entscheidende Wertfrage nur erkennbar macht (12).

---

(11) so wohl auch Esser, Interessenjurisprudenz heute aaO S. 118, wenn er von der "Unbeachtlichkeit sachwidriger Interessenbetätigung ... (... z.B. wettbewerbsfremder Mittel) ..." spricht.

(12) Das methodische Problem soll hier nicht weiter vertieft werden. Anzumerken bleibt nur, daß die Gerichte sich bei ihrer Praxis wohl auch nicht mit gutem Gewissen auf Ph. Heck, den Hauptverfechter der Interessenjurisprudenz, berufen könne. Heck verstand unter "Interssen" nicht nur die materiellen und wirtschaftlichen, sondern auch die ideellen, kulturellen und sittlichen "Begehrenspositionen" (Heck Das Problem der Rechtsgewinnung S. 30, Interessenjurisprudenz S. 12). Bei der Rechtsprechung zum DV erscheinen sie auf die rein materiellen und wirtschaftlichen Interessen verkürzt. - Außerdem hat Heck den Richter angewiesen, bei der Interessenwertung den gesetzlichen Werturteilen zu folgen. Nur subsidiär könne eine Eigenwertung eingreifen, wobei der Richter sich in die Rolle des Gesetzgebers versetzen müsse (Heck Interessenjurisprudenz S. 20 f. mit Hinweis auf Art. 1 des Schweizerischen ZGB). - In den angeführten Entscheidungen zum DV findet sich kaum eine eingehende Erörterung der gesetzgeberischen Wertvorstellung, die dem DV zugrundeliegt. Die richterliche Wertung der Interessen erfolgt ohne Offenlegung der Wertmaßstäbe.

Die Methodenlehre versucht neuerdings über Heck hinaus zu gelangen. Vgl. hierzu Larenz aaO S. 128 ff. Engisch S. 87 ff. Es wird darauf hingewiesen, daß mit der Bewertung der Interessen eine höhere Ebene betreten wird. So sagt Coing JZ 1951, 485: "Die moralischen Werte, wie Gleichheit, Vertrauen, Achtung vor der Personenwürde sind nicht irgendwelche Interessen neben anderen: Sie sind vielmehr die eigentlich entscheidenden Ordnungselemente des Privatrechts, sie stehen nicht neben, sondern über den zu ordnenden Tatbeständen."

Die Methodenlehre löst sich von der Vorstellung, daß das kodifizierte Recht lediglich aus sich selbst heraus - d.h. ausgehend von der historischen Werteinschätzung des Gesetzgebers aus dem Sinngehalt des Gesetzes heraus - interpretiert werden muß. Der Richter ist vielmehr auch auf außergesetzliche Bewertungsgrundlagen angewiesen, an deren

Die Unzulänglichkeit der von den Gerichten geübten Pragmatik der Interessenabwägung scheint das BKartA bereits empfunden zu haben. In einem Schreiben vom 20.8.1962 heißt es (13): "Die Abwägung der Interessen der Parteien findet jedoch dort ihre Grenzen, wo sich als beiderseitig zu billigende Interessen solche gegenüberstehen, die letztlich in das grundsätzlich anerkennenswerte Streben nach Geschäftsausweitung und Verbesserung der Kostenstruktur münden. Bei dieser Betrachtensweise heben sich die gegenseitigen Interessen auf und ein objektives Merkmal muß bei der Abwägung letzter Maßstab sein, um zu Ergebnissen zu gelangen. Dieses objektive Element ist der Schutzzweck des § 26 Abs. 2 GWB, die Freiheit des Wettbewerbs überhaupt und die Freiheit des Einzelnen im Wettbewerb sicherzustellen ...". Diese - nicht in allen Teilen glückliche - Formulierung kündigt für § 26 Abs. 2 GWB die Abkehr der Praxis von der Interessenabwägung an.

IV. Charakteristisch für die Entscheidungsgründe einiger Fallgruppen ist, daß die Gerichte regelmäßig der Erörterung der eigentlichen Fallproblematik ein Bekenntnis zur Vertragsfreiheit voranstellen. Die unbegrenzte Freiheit der Marktteilnehmer in der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen sei der Normalzustand. Das DV sei demgegenüber ein Ausnahmetatbestand, der restriktiv auszulegen sei.

Es steht gewiß außer Zweifel, daß das Prinzip der Vertragsfreiheit den überwiegenden Teil unserer Wirtschaftsordnung beherrscht. Die Vertragsfreiheit bedeutet eine vom Staat anerkannte "Dezentralisation der Rechtserzeugung"(14), die es dem Rechtsleben ermöglicht, beweglicher und anpassungsfähiger auf

---

Entwicklung die Rechtsprechung selbst Anteil hat (Esser Grundsatz und Norm S. 4, 59 ff., 72 ff., 101 f., 164 ff., Interessenjurisprudenz heute S. 116 f.; Larenz S. 132, vgl. auch Zippelius S. 75, 77.)- Das wird ganz besonders deutlich, wo der Gesetzgeber - wie im Diskriminierungstatbestand - durch eine Generalklausel auf außergesetzliche Wertungsgrundlagen verweist (Wieacker) Gesetz und Richterkunst S. 9)

(13) WuW/E KBartA 599

(14) Raiser Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen S. 74

(15) Raiser JZ 1958, S. 3, 6

wechselnde Lagen und Bedürfnisse zu reagieren. Als solche ist sie dem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem zugeordnet, das darauf beruht, unter Verzicht auf einen Gesamtplan die einzelnen, selbständigen Wirtschaftssubjekte im Wege des Wettbewerbs auf dem Markt, rechtlich gesprochen durch frei ausgehandelte Verträge zu koordinieren (15).

Aber die Einsicht, daß dieser Koordinationsprozeß durch Ausübung wirtschaftlicher Übermacht gestört wird und der Vertrag als Herrschaftsinstrument über den anderen Vertragsteil mißbraucht werden kann, hat den Staat veranlaßt, sich des Schutzes der wirtschaftlichen Ordnung und der Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer anzunehmen. Die Grenzen der Vertragsfreiheit sind also auch im Geltungsbereich des marktwirtschaftlichen Ordnungsprinzips zu suchen. In diesen Zusammenhang gehört der § 26 Abs. 2 GWB, der die inhaltliche Gestaltungsfreiheit und die Abschlußfreiheit wirtschaftlicher Machtträger einschränkt. Das DV ist ein Bestandteil der normativen Gesamtsituation, die den Gehalt des historisch wandelbaren (16) Instituts der Vertragsfreiheit mitbestimmt.

Es ist daher verfehlt, die Notwendigkeit restriktiver Auslegung eines Verbotstatbestandes mit einem Prinzip zu begründen, dessen mißbräuchliche Handhabung das Verbot gerade bekämpfen will (17).

---

(16) zur Wandlungsfähigkeit der Vertragsfreiheit Esser Grundsatz und Norm S. 331; zur geschichtlichen Entwicklung Raiser JZ 1958, S. 1 ff.

(17) so schon Rasch zur Sperreinwilligungspraxis des KartG Die Kartellsperre S. 33 f.

ZWEITES KAPITEL

§ 5 Das Diskriminierungsverbot als Anwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht

Um dem Ziel dieser Arbeit, einen methodischen Ansatz zur Auslegung des Merkmals der sachlichen Rechtfertigung im Diskriminierungstatbestand des § 26 Abs. 2 GWB zu umreißen, einen Schritt näher zu kommen, ist es notwendig, sich zunächst von dem angefallenen Entscheidungsmaterial zu trennen und sich auf den rechtlichen Grundgedanken des DV zu besinnen. § 26 Abs. 2 GWB ist - das sei zunächst als Arbeitshypothese aufgestellt, die im folgenden verifiziert wird - ein gesetzlicher Anwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht (1).

Es wäre angesichts der gesetzlichen Regelung ein rein theoretisches Unterfangen, wollte man die Frage der Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für den durch das DV geregelten Bereich des Wirtschaftsrechts noch einmal aufrollen. Das hieße die Frage diskutieren, welcher Rechtszustand herrschen würde, wenn der Gesetzgeber die Normierung des DV unterlassen hätte. Die vieldiskutierte Drittwirkungsfrage des Art. 3 GG (2) für das Privatrecht kann hier ebenso dahinstehen wie die überzeugendere Begründung Raisers (3).

---

(1) Die gedankliche Verknüpfung des DV mit dem Gleichheitssatz im Privatrecht vollziehen auch: Köhler BB 1959, 689; Baumbach/Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 23 Steindorff Zweckmäßigkeit ... S. 65; Raiser JZ 1958, S. 8, JZ 1959, 422; a.A. Mestmäcker WuW 1957, 22; Völp MA 1961, 287; Kracht NJW 1960, 1229.

(2) Hierzu Enneccerus/Nipperdey § 15 I 4c mit Literaturhinweisen in Fußn. 62.

(3) Raiser Der Gleichheitsgrundsatz ... aaO S. 90, im grundsätzlichen zustimmend G. Hueck S. 106; kritisch Böckenförde S. 21, der eine begrenzte Geltung im Privatrecht aus dem Gewohnheitsrecht herleiten will.

der die Geltung daraus herleitete, daß er dem Gleichheitsgrundsatz die Qualität eines unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee abzuleitenden Rechtssatzes zusprach. Mit Erlaß des DV ist für den Bereich des Wirtschaftsrechts das Problem der Geltung des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu einem Problem der Auslegung einer Norm geworden. Für die rechtsdogmatische Arbeit, die Voraussetzungen und Grenzen der Gesetzesanwendung zu bestimmen, aber ist es unerläßlich, auf das Rechtsprinzip zurückzugehen, das den Rahmen für die konkrete normative Gestaltung abgegeben hat.

I. Gibt man sich nicht mit der positivistischen Begründung G.Huecks[4] zufrieden, der das DV als "privatrechtliche Auswirkung staatlicher Schutz- und Lenkungsmaßnahmen" erklärt, so muß man sich fragen, welches das Kriterium ist, das im Privatrecht Gleichbehandlungspflichten auslöst. Nach G. Hueck ist der innere Zusammenhang zwischen Mitgliedern einer Gemeinschaft wesentliches Merkmal der Gleichbehandlungsfälle[5]. Diese Blickverengung Huecks auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht nötigt ihn dort, wo - wie im Wirtschaftsverkehr - nun beim besten Willen nicht behauptet werden kann, die Marktteilnehmer einer Wirtschaftsstufe bildeten eine rechtliche Gemeinschaft[6], zu der genannten positivistischen Erklärung des DV aus dem Willen des Staates als Wirtschaftslenker und Gesetzgeber. Nach Raiser[7] kann es auf diesen Zusammenhang zwischen Mitgliedern einer Gemeinschaft nicht ankommen. Die Gleichheitsforderung trete vielmehr auch bei zufälligem gemeinsamen Angewiesensein auf dieselbe Bezugsquelle auf. Das Gleichbehandlungsgebot könne sich sinnvoll nur an den wenden,

---

(4) G. Hueck S. 157 ff.

(5) G. Hueck S. 127 ff.; ähnlich vor ihm schon Böckenförde S. 25: Der Gleichbehandlungsgrundsatz setze "begrifflich eine gleichzubehandelnde rechtlich verbundene Personenmehrheit und einen Darüberstehenden" voraus.

(6) Daß die Lösung Huecks selbst auf dem Bereich, wo er die Gleichbehandlungspflicht auf die Gemeinschaftsbindung stützt, nicht überall überzeugt, hat Bydlinski aaO S. 35 ff. nachgewiesen.

(7) Raiser JZ 1959, 421, so schon Gleichheitsgrundsatz ... S. 75 ff., 86, 91 ff.

der die Macht hat, etwas zuzuteilen [8]. Im Privatrecht trete dort, wo die Vertragsfreiheit noch ihre Funktion erfülle, der Gleichbehandlungsgrundsatz hinter diesem rechtspolitisch stärker betonten Prinzip zurück. Das Gleichbehandlungsgebot setze sich auf Grund seines "rechtspolitischen Eigengewichts" nur dort durch, wo die Autonomie dessen, der Güter oder Leistungen an mehrere zu vergeben hat, keine gerechten Ergebnisse verbürgt, weil die Empfänger von seiner Übermacht abhängen [9]. Büße auf dem Markt der Wettbewerb infolge gegebener Machtverhältnisse seine ordnende Kraft ein, so sei der Inhaber der Macht verpflichtet, von ihr gegenüber allen, die von ihm abhängen, gleichen Gebrauch zu machen [10].

---

(8) Raiser Der Gleichheitsgrundsatz ... S. 94 mit Hinweis auf Nef S. 77, der bereits aus dem Begriff der Gleichbehandlung herleitet, daß die Fähigkeit, jemanden gleich oder ungleich zu behandeln, Macht voraussetzt; S. 79: "Nur wer Macht hat, überhaupt z.B. Rechte und Pflichten zuzuteilen, kann Gleiches zuteilen. So besagt der Begriff des Verteilens in diesem Zusammenhang dasselbe wie der der Behandlung: ein auf einer gewissen Überordnung beruhendes Verhalten anderen gegenüber."

(9) Raiser JZ 1959, 422.

(10) Raiser Der Gleichheitsgrundsatz ... S. 93. - Raisers Theorie sollte an dem durch die Arbeiten von G. Hueck und Bydlinski zutage geförderten Material überprüft und weiter entwickelt werden. Bydlinski verfällt in den Fehler, die Frage des abstrakt allgemein zu bestimmenden Geltungsgrundes des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht mit der Frage seiner inhaltlichen Gestalt, die nur für jedes rechtliche Teilgebiet gesondert beantwortet werden kann, zu verwechseln. Er gelangt so zu einer Vielfalt von Kriterien, die je nach der Eigenart des Rechtsgebiets konkrete Gleichbehandlungspflichten auslösen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet - wo immer er gilt - die sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung. Die Wertmaßstäbe, die entscheiden, was sachlich nicht gerechtfertigt ist, sind - wie Raiser aaO S. 99 richtig bemerkt - "von Fall zu Fall aus dem Gesamtcharakter der ein rechtliches Teilgebiet beherrschenden Regelung zu erschließen". Die Wertmaßstäbe sind verschiedene im Konkurs, bei Teilunmöglichkeit von beschränkten Gattungsschulden, bei Mehrheitsbeschlüssen von Gesellschaftern unter Vergewaltigung einer Minderheit, bei der Schlechterstellung einzelner

II. Offenbar hat auch dem Gesetzgeber bei Erlaß des DV diese Vorstellung des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgeschwebt (11). Die Theorie der Verteilungsmacht (12) bietet daher einen Ausgangspunkt.

1.) Die eine Seite des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die in § 26 Abs. 2 GWB im Verbot vertikaler d.h. kunden- bzw. lieferantenbezogener Diskriminierung zum Ausdruck kommt, ist von Raiser (13) bereits angedeutet worden. Hier geht es darum, die durch die ungleichen Machtverhältnisse gestörte Funktion der Vertragsfreiheit zwecks Herbeiführung eines gerechten Ausgleiches wiederherzustellen. Die Waffengleichheit bei Vertragsschluß zwischen dem marktmächtigen Unternehmen und dem wirtschaftlich Unterlegenen soll gewahrt werden. Die Waffenungleichheit bei den Vertragsverhandlungen rührt daher, daß der Unterlegene in der Ausweichmöglichkeit auf Konkurrenten des diskriminierungsfähigen Unternehmens beschränkt ist. Der Inhaber der Marktmacht kann seine Bedingungen durchsetzen, da dem Vertragspartner eine echte Alternative fehlt. Dem will das Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierung in den Vertragsbedingungen einschließlich der Vertragsverweigerung entgegenwirken. Sachlich nicht gerechtfertigt ist - das sei hier nur zur Verdeutlichung des Grundsatzes betont, ohne daß damit für die Anwendung im Einzelfall viel gewonnen wäre - eine Differenzierung, die ausschließlich oder überwiegend auf überlegener Marktmacht und nicht auf überlegener wirtschaftlicher Leistung beruht (14).

Arbeitnehmer im Betrieb sowie der Benachteiligung von Kunden und Behinderung der Wettbewerber. Bei der Bestimmung der Wertmaßstäbe läßt sich auch die von G. Hueck als Geltungsgrund hervorgehobene Gemeinschaftsbindung für einzelne Bereiche, v.a. im Gesellschaftsrecht, berücksichtigen. - In allen Fällen ist jedoch eine jeweils verschieden bedingte Machtposition das auslösende Moment der Gleichbehandlungspflichten.

(11) Begründung zum Regierungsentwurf BI 4a.

(12) so genannt von Bydlinski S. 31.

(13) Raiser Der Gleichheitsgrundsatz ... S. 93.

(14) So Baumbach / Hefermehl Anm. 45 zu § 26 GWB. Mestmäcker Das Rabattkartell ... aaO S. 249.

2.) Die Ausstrahlungen der wirtschaftlichen Macht der diskriminierungsfähigen Unternehmen gehen nicht nur in die Richtung der Kunden oder Lieferanten, sondern auch in die Richtung der Mitbewerber. Dem Machtmißbrauch gegenüber den Mitbewerbern sucht § 26 Abs. 2 GWB durch das Verbot horizontaler, d.h. mitbewerberbezogener Diskriminierung entgegenzuwirken. Es strebt an, die Chancengleichheit unter den Mitbewerbern bei ungleicher wirtschaftlicher Ausgangsposition, die "par condicio concurrentium" (15) herzustellen, die es auch dem wirtschaftlich Schwächeren ermöglicht, seine Leistung im freien Wettbewerb auf dem Markt zur Geltung zu bringen.

Einem Mißverständnis gilt es jedoch hier vorzubeugen. Mestmäcker (16) lehnt die Auffassung ab, § 26 Abs. 2 sei ein Anwendungsfall des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. An anderer Stelle wird deutlich, welche Gründe ihn zu dieser Ablehnung bewogen haben mögen (17). Er meint, ein Kartell, das den Markt aufteilt, könne sich unter Zugrundelegung des Prinzips der Gleichbehandlung zur Rechtfertigung einer Sperre darauf berufen, die Außenseiter hätten den ihnen nach Maßgabe des Kartellvertrags zukommenden Umsatz getätigt. Nur hinsichtlich der diesen Anteil übersteigenden Umsätze werde der Außenseiter vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen. - Die Kartellbedingungen würden also den Maßstab bestimmen, was auf dem Kartellmarkt gleich oder ungleich sei. - Das ist allerdings eine falschverstandene Gleichheitsvorstellung. Sie beeinflußte wohl auch das KartG, wenn es für die Frage der Zulässigkeit einer Sperre prüfte, ob dem Außenseiter der Beitritt zum Kartell zugemutet werden könne.

Die Chancengleichheit, die § 26 Abs. 2 anstrebt, bezieht sich auf den freien Wettbewerb. Sie besteht nicht in einer anteilsmäßigen Gleichstellung, wobei praktisch die Kartellregelung auf den Außenseiter mit Mitteln des Organisationszwangs ausgedehnt werden würde (18). Der Außenseiter soll gerade die Chance haben, durch Freibleiben von der Kartellvereinbarung seinen Marktanteil im freien Wettbewerb zu vergrößern.

---

(15) Ulmer S. 22.
(16) Mestmäcker WuW 1957, 22.
(17) Mestmäcker Das Rabattkartell ... aaO S. 263.
(18) vgl. auch Ulmer S. 26.

III. Dem Gesetzgeber ging es bei der Bestimmung des Adressatenkreises des DV darum, möglichst alle Träger wirtschaftlicher Macht zu erfassen. So unterliegen dem Verbot nicht nur die marktbeherrschenden Unternehmen, denen das Merkmal der Macht schon begrifflich eigen ist, sondern auch die Kartelle und Preisbinder, die vom Gesetzgeber vom grundsätzlichen Verbot horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgenommen sind. Diese exzeptionellen Zulassungen von Wettbewerbsbeschränkungen sollen sich jedoch nicht dahin auswirken, daß der Gesetzeszweck des GWB, die Institution des Wettbewerbs und die Freiheit des Einzelnen (19) zu schützen, vereitelt wird. Der Gesetzgeber war sich bewußt, durch seine Ausnahmen denjenigen, die von ihnen Gebrauch machen, eine Position einzuräumen, von der aus sie weitere Wettbewerbsbeschränkungen durchzusetzen und Abhängigkeiten zu schaffen vermögen, ohne daß dem Betroffenen aus eigenem Gewicht eine wirksame Gegenwehr möglich ist. Daher unterstellte der Gesetzgeber diejenigen Unternehmen, die sich an erlaubter horizontaler wettbewerbsbeschränkender Kooperation beteiligen oder zulässige vertikale Preisbindungen durchsetzen, einmal einer behördlichen Mißbrauchsaufsicht und untersagte ihnen zum anderen bestimmte Verhaltensweisen. In den letzteren Zusammenhang gehört der § 26 Abs. 2.

Wie aber fügt sich diese rechts- und wirtschaftspolitisch bedingte gesetzliche Lösung in den eben skizzierten Gehalt des Rechtsgrundsatzes der Gleichbehandlung ein? Innerhalb einer auf Freiheit gegründeten Wirtschaftsordnung erhebt das Prinzip seinen Geltungsanspruch nur dort, wo der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zu befürchten ist. Hat das Gesetz nicht den Rahmen dieses Rechtsprinzips verlassen, als es generell jedes Kartell, sei es vom wettbewerbsbeschränkenden Effekt her gesehen noch so unbedeutend, und jeden kleinen Preisbinder in die Schranken des Verbots verwies?

---

(19) Im Schrifttum wird darum gestritten, ob das GWB lediglich einen Institutionenschutz als Ausfluß einer wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitsentscheidung bezweckt oder ausschließlich einen Individualschutz anstrebt. Durchgesetzt hat sich - auch in der Praxis - die Auffassung, daß beide Ziele nebeneinander stehen. Vgl. die Übersicht bei Koenigs NJW 1961, 1041; WuW/E BKartA 599.

1.) Der Gesetzgeber ging davon aus, daß der Tatbestand der Machtposition im Falle der Kartelle klarliege [20]. Ihm war die historische Entwicklung des Kartellwesens gegenwärtig, die zeigt, wie sehr gerade diskriminierende Praktiken von Kartellen zu befürchten sind. Außerdem konnte er sich von dem typischen Sachverhalt leiten lassen, daß Kartelle nur dort einen Sinn haben, wo sie einen großen Teil der auf einem Markt tätigen Unternehmen erfassen. Es ist sicher nicht die Regel, daß z.B. einige kleinere Unternehmen untereinander den Rabattwettbewerb durch ein Kartell ausschalten, wenn sie weiterhin einer Vielzahl ungebundener starker Unternehmen im Wettbewerb gegenüberstehen. Eine kollektive Vereinbarung, die den Wettbewerb teilweise beschränkt, zielt regelmäßig auf möglichst vollständige Erfassung der auf dem betreffenden Markt ansässigen Wettbewerber. Gelingt dies nicht, sondern sieht sich das Kartell einer Mehrzahl von ungebundenen Konkurrenten gegenüber, so wirkt sich die Bindung seiner Mitglieder zu deren Ungunsten aus. Sie haben sich eines Wettbewerbsmittels begeben, das die von der Kartellvereinbarung freigebliebenen Unternehmen im Konkurrenzkampf einsetzen können. Aus diesem Grunde werden selten Kartelle zustande kommen, die einem übermäßigen Wettbewerbsdruck der Außenseiter ausgesetzt sind. Der Gesetzgeber konnte daher davon ausgehen, daß ein Kartell typischerweise mit Marktmacht ausgestattet ist. An diesem Regelfall hat sich die generalisierende Regelung des § 26 Abs. 2 orientiert.

Demgegenüber ist es unrichtig, den Diskriminierungstatbestand generell einzuschränken, indem man - wie Völp [21] vorschlägt - hinter dem Wort "dürfen" in § 26 Abs. 2 die Einschränkung hinzudenkt: "soweit sie den Wettbewerb beschränken". Daß Völp hierbei von einer falschen Vorstellung ausgeht, läßt sich an dem von ihm gewählten Beispiel illustrieren:

Die Brauereien eines Marktes vereinbaren die Verwendung einer Einheitsbierflasche. Zutreffend meint Völp, daß dieses nach § 5 Abs. 1 GWB zulässige Kartell sich auf dem gesamten Markt für Flaschenbier auswirke, denn kein Abnehmer sei in der Lage, Flaschenbier in größeren oder kleineren Flaschen als den genormten zu beziehen. Der Wettbewerb hingegen sei in völlig unbedeutendem Maße eingeschränkt. Nun folgert Völp weiter: Wende man auf dieses Kartell den § 26 Abs. 2 an, so führe man das vom Gesetzgeber abgelehnte allgemeine DV wieder ein und ermögliche die Umgehung des Kartell-

---

(20) Kurzprotokoll Nr. 104 S. 5

(21) Völp MA 1961, 287.

verbots. Hätten die Brauereien zunächst ein illegales Preiskartell durch Vereinbarung übereinstimmender Preislisten gebildet, anschließend ein Bierflaschenkartell gem. § 5 Abs. 1 GWB gegründet, so würden sie sich nunmehr gegenseitig an der Unterbietung der Preislisten mit § 26 Abs. 2 hindern. Sei jedoch - wie nach seinem Vorschlag - das Bierflaschenkartell dem DV nur unterworfen, "soweit es den Wettbewerb beschränke", so sei für eine Ausdehnung des Verbots auf die Preisdiskriminierung auf dem Flaschenbiermarkt kein Raum.

Völp verkennt, daß ohnehin nur die Kartelle selbst dem DV unterliegen, nicht die einzelnen Mitglieder des Kartells. Das Kartellverhalten als solches darf nicht diskriminierend sein (22). Nicht aber werden die einzelnen Kartellmitglieder den anderen Mitgliedern gegenüber durch eine unterschiedliche Behandlung der Abnehmer nach § 26 Abs. 2 schadensersatzpflichtig. Selbst wenn eine Brauerei einigen ihrer Abnehmer entgegen der Kartellvereinbarung nicht der Norm entsprechende Flaschen liefert, so können die Kartellmitglieder gegen diese Vertragsverletzung nicht unter Berufung auf § 26 Abs. 2 Rechtsschutz erlangen. Es ist daher falsch zu behaupten, das DV könne die Kartellmitglieder noch über das zulässig vertraglich Vereinbarte hinaus zu unzulässigem gleichförmigen Verhalten verpflichten.

Überdies ist es verfehlt, das DV generell in Relation zur bestehenden Wettbewerbsbeschränkung zu bringen. Entscheidend für die Unterstellung der Kartelle unter das DV ist nicht der Grad der durch sie herbeigeführten Wettbewerbsbeschränkung, sondern die Existenz des marktmächtigen kollektiven Zusammenschlusses. Ob sich die Brauereien nun über die Normung der Bierflaschen oder das Rabattsystem geeinigt haben, in jedem Fall besteht durch den Zusammenschluß eine Kooperationsbasis, von der aus sich diskriminierende Praktiken gegenüber solchen, die sich dem Kartell nicht angeschlossen haben und gegenüber benachbarten Wirtschaftsstufen durchsetzen lassen. Dem kollektiven Vorgehen stehen die Mitbewerber, die Lieferanten und Kunden genauso unausweichlich gegenüber wie dem eines Einzelmonopols.

---

(22) Baumbach / Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 31; anders für das Rabattkartell Sölter im Gemeinschaftskommentar 1. Aufl. Anm. 27 zu § 3 GWB; gegen ihn zutreffend Mestmäcker Das Rabattkartell ... aaO S. 249.

Mit Fug stellte daher der Gesetzgeber die gesetzlich zugelassene Vorzugsposition des Kartells der wirtschaftlichen Macht des marktbeherrschenden Einzelunternehmens in § 26 Abs. 2 gleich. Den Rahmen, den der rechtliche Grundgedanke des DV zieht, hat er damit nicht gesprengt. - Besitzt ein Kartell im konkreten Fall keine Marktmacht, so läßt sich diese Abweichung vom Normalfall beim Tatbestandsmerkmal des "sachlich gerechtfertigten Grundes" berücksichtigen, das eine sich dem Einzelfall anpassende Auslegung des Diskriminierungstatbestandes ermöglicht.

2.) Der Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses motiviert die Einbeziehung der Preisbinder in den Diskriminierungstatbestand damit, die preisbindenden Unternehmen würden durch den Ausschluß des Wettbewerbs der nachfolgenden Stufen "in eine den marktbeherrschenden Unternehmen ähnliche Marktlage versetzt." (23) Daraus folgt, daß der Gesetzgeber auch die preisbindenden Unternehmen unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht dem Verbot des § 26 Abs. 2 unterstellt hat.

Für die These von der Marktmacht preisbindender Unternehmen findet sich allerdings in den Materialien keine lückenlose Argumentation (24). So sehen sich einige Autoren veranlaßt, die gesetzgeberische Behauptung zu bezweifeln und die Anwendung des DV für Preisbinder generell einzuschränken (25).

V ö l p (26) behauptet im Anschluß an seine These, das DV gelte für die in § 26 Abs. 2 genannten Unternehmen nur, "soweit sie den Wettbewerb beschränken", die Preisbindung könne nie die Wirkung haben, daß Händler auf die Belieferung von bestimmten Markenartikeln angewiesen seien. Denn die Preisbindung sei ohnehin gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GWB nur dann zulässig, wenn die Markenwaren mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen. Dem Händler sei es daher immer möglich, auf

---

(23) Schriftlicher Bericht zu § 23 Berichterstatter E l b r ä c h t e r.

(24) vgl. Kurzprotokoll Nr. 167, S. 13.

(25) L u t z / S t e i n e r BB 1958, 1158; S c h w a r t z MA 1958, 51; K r a c h t NJW 1960, 1230.

(26) V ö l p MA 1961, 290. - Soweit sich V ö l p zur Stützung seiner These auf die Gesetzesmaterialien beruft, wird er von K a r t t e WuW 1962, 241 widerlegt.

andere Lieferanten auszuweichen. Das DV treffe den Preisbinder lediglich als "Äquivalent dafür, daß der Wiederverkäufer in seiner Preisgestaltung beschränkt werde." Diese Tatsache bestimme auch den Anwendungsbereich des DV auf Preisbinder sowohl hinsichtlich des Schutzbereichs als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen. Nicht nur die Ware sondern auch der Diskriminierte selbst müsse gebunden sein. Daher könne sich beispielsweise der Großhandel nicht auf das DV berufen, wenn nur der Einzelhandel gebunden sei. - Wer vom Hersteller gar nicht beliefert werde, sei auch nicht durch einen Preisbindungsvertrag in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Folglich entfalle ein Kontrahierungszwang für Preisbinder "grundsätzlich und ausnahmslos".

Diese schon vom Wortlaut des § 26 Abs. 2 in keiner Weise gedeckte Argumentation ist sowohl im Ausgangspunkt als auch in den Folgerungen fehlerhaft. Es ist rätselhaft, worauf sich die These stützt, daß die zulässige vertragliche Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer einer Wirtschaftsstufe als "Äquivalent" Gleichbehandlungspflichten für das Unternehmen, das die Bindung durchsetzt, auslösen solle. Wenn die gedankliche Verknüpfung von Freiheitsbeschränkung der Wiederverkäufer und DV berechtigt wäre, so fragt sich, warum Unternehmen, die die vorgeordnete Stufe hinsichtlich des Vertriebs binden, nicht als Adressaten des § 26 Abs. 2 auftauchen.

Aber auch der im Ausschußbericht hervorgehobene Gedanke der "Ausschaltung des Wettbewerbs der folgenden Stufen" (27) rechtfertigt allein nicht das an preisbindende Unternehmen gerichtete Verbot, seine Abnehmer ungerechtfertigt unterschiedlich zu behandeln. Gewiß, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Preisbindung liegt auf der Hand. Die Kalkulationsfreiheit der gebundenen Abnehmer wird vertraglich ausgeschlossen, die Verdienstspanne ist festgelegt. Der gebundene Händler kann mit der gebundenen Ware keinen Preiswettbewerb treiben, er darf den Preis nicht der besonderen Markt- und Kostensituation anpassen. Warum soll aus diesen Gründen der Preisbinder daran gehindert werden, außerdem noch seinen Abnehmern unterschiedliche Preise, Rabatte oder Konditionen zu gewähren? Kann nicht der schlechter gestellte Abnehmer auf andere Lieferanten, die mit dem Preisbinder hinsichtlich der gebundenen Ware konkurrieren, ausweichen?

---

(27) Schriftlicher Bericht zu § 23.

Die letzte Frage führt uns auf den entscheidenden Punkt. Dem Händler fehlt im Regelfall eine Ausweichmöglichkeit. Das beruht auf der besonderen Marktgeltung der Markenware.

Schon Miksch (28) hat auf den Zusammenhang zwischen Preis und Qualitätsvorstellung einleuchtend hingewiesen:
Der Konsument, der infolge geringer Warenkunde die Qualität einer Ware nicht in jedem Einzelfall nachprüfen kann, neigt dazu, Preis und Qualität vorstellungsmäßig zu verbinden. Er gewährt daher den Waren die besten Absatzchancen, bei denen ein fester Preis und eine suggestive Bearbeitung der öffentlichen Meinung den Glauben an eine konstant bleibende Qualität erzeugt. Der Preisbinder, der in der Regel auch den Reklamefeldzug führt, schafft so über die ihm vorgeordneten Stufen hinweg einen unmittelbaren Kontakt zum Verbraucher, der den Handel häufig nur noch unselbständige Verteilerfunktionen ausüben läßt (29). Der Händler sieht sich außerstande, seine Kunden von der gleichen Güte einer anderen gleichartigen Ware zu überzeugen und ist daher gezwungen, bestimmte eingeführte Markenartikel zu führen.

Die Marktgeltung einer Markenware, ein Produkt aus Qualitätsvoraussetzungen, mangelnder Marktübersicht des Verbrauchers und den verschiedensten Mitteln wirksamer Verbraucherbeeinflussung, manifestiert sich in einer erfolgreichen Preisbindung. Zur Einführung und Aufrechterhaltung eines lückenlosen Preisbindungssystems wird stets ein besonderes Maß an Marktgeltung erforderlich sein (30). Zugleich wird durch die Preisbindung die Marktgeltung noch verstärkt (31).

Dieser Gedanke wird auch im Ausschußbericht an anderer Stelle durch den Hinweis angedeutet, daß "die Preisbindung in Verbindung mit dem Markenartikel ein Mittel zum Aufbau einer Machtposition" sei, die den Handel in Abhängigkeit von den Herstellerfirmen bringe (32). Ein Händler, der bestimmte preisgebundene Markenwaren nicht in seinem Sortiment führt, läuft

---

(28) Miksch S. 158 ff.
(29) Miksch S. 166.
(30) Kartte WuW 1962, 247.
(31) auch Krahe BB 1961, 1304 spricht von einer "Werbung mit einem festen Preis."
(32) Kurzprotokoll Nr. 92.

Gefahr, daß Kunden, die Wert auf den Erhalt gerade dieser Waren legen, sich von ihm abwenden, wenn er sie mit der verlangten Markenware nicht bedienen kann (33). Ein Fotogeschäft, das eine berühmte Marke nicht anbieten kann, muß damit rechnen, Kunden, die diese Marke allen anderen vorziehen, auch hinsichtlich seiner übrigen Waren zu verlieren.

Die sich aus der besonderen Marktgeltung einer Markenware ergebende Machtstellung ist nicht mit der eines marktbeherrschenden Unternehmens gleichzusetzen. Die Abhängigkeit des Händlers vom preisbindenden Hersteller tritt nicht erst dann ein, wenn der Hersteller keinem Preiswettbewerb mehr ausgesetzt ist. Bei der über die Zulässigkeit einer Preisbindung entscheidenden Frage, ob das Markenerzeugnis mit anderen gleichartigen Waren preislich konkurriert, wird für die Bestimmung der Gleichartigkeit der Ware darauf abgestellt, ob die Ware nach der objektivierten Verbraucherauffassung die gleichen wesentlichen Eigenschaften und Verwendungszwecke wie das Markenerzeugnis besitzt (34). Die Marktgeltung einer preisgebundenen Markenware, die häufig auf der durch Werbung manipulierten subjektiven Verbrauchereinstellung beruht und bis zum Meinungsmonopol gehen kann, ist auch dann wirksam, wenn objektiv gleichartige Produkte auf dem Markt sind (35). Es trifft daher nicht zu, wenn Völp (36) unter Hinweis auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 GWB behauptet, jeder Händler habe die Möglichkeit, im Falle der Verkaufsverweigerung mit einer preisgebundenen Markenware auf andere Lieferanten auszuweichen.

Die Machtstellung des Preisbinders resultiert also primär aus der besonderen Marktgeltung des Markenerzeugnisses. Sie wird durch die Preisbindung offenkundig und zudem noch gefördert. Die Ausschaltung des Wettbewerbs der folgenden Stufen ist in diesem Zusammenhang lediglich ein Mittel zum Aufbau und zur Sicherung der Marktgeltung.

Die Eigenschaft dieser besonderen Marktgeltung haftet einer Ware an, gleichgültig welche Handelsstufe preislich gebunden ist. Sind nur die Endverbraucherpreise gebunden, so ist gleichwohl der Zwischenhandel vom Hersteller abhängig, da ihm der Verzicht auf die Markenware schwer ankommt, selbst wenn die

---

(33) Krahe aaO.
(34) Rasch Kommentar zu §§ 16, 17 Anm. 5, zu § 22 Anm. 3; Baumbach/Hefermehl zu § 16 GWB Anm. 25 f.
(35) Kartte aaO S. 246.
(36) Völp aaO S. 290

gewährten Rabatte kärglich bemessen sind (37). Es stehen daher die an dem Absatz einer preisgebundenen Markenware beteiligten Unternehmen jeder Handelsstufe, gleichgültig ob ihre Stufe im Preis gebunden ist, unter dem Schutz des § 26 Abs. 2 (38). - Auch können sich Händler, die vom Preisbinder nicht beliefert werden, obwohl sie Waren führen, die den vom Preisbinder hergestellten gleichartig sind, gegenüber sachlich ungerechtfertigter Lieferverweigerung auf § 26 Abs. 2 GWB berufen.

Der Gesichtspunkt der Marktgeltung trifft nicht auf alle preisgebundenen Markenerzeugnisse in gleichem Maße zu. Der Gesetzgeber hat sich jedoch zutreffend am wirtschaftlichen Normalfall orientiert, als er die Preisbinder in den Diskriminierungstatbestand einbezog und damit die gesetzliche Vermutung aussprach, daß sie in der Regel Marktmacht besitzen. Diese Machtposition, deren Aufbau der Gesetzgeber zuläßt, rechtfertigt es auch vom Grundgedanken der Vorschrift her, die Preisbinder dem DV zu unterstellen.

Gegenüber Ausnahmeerscheinungen, in denen eine Markenware, der eine besondere Marktgeltung nachweislich abgeht, preislich gebunden wird, ermöglicht die Tatbestandsfassung des § 26 Abs. 2 eine elastische Handhabung (39). - In den Fällen, in denen statt einer Preisbindung eine faktisch bindende Preisempfehlung mit einer besonderen Marktgeltung einer Markenware einhergeht, liegen die wesentlichen Tatbestandselemente mit denen der Preisbindung

---

(37) Krahe aaO S. 1304: "Er müßte befürchten, die Bestellungen seiner Kunden, die bei ihm - abgesehen von Direktbezügen auf Grund der Sonderangebote des Herstellers zu günstigeren Preisen - schon aus Bequemlichkeit (jedenfalls bei ihren Ergänzungslieferungen) das gesamte Warensortiment der Branche vorfinden wollen, auf andere lohnendere Waren zu verlieren."

(38) so auch WuW/E KRT 44, Begründung hierzu erfolgte in einem nicht veröffentlichten Schreiben vom 1.11.1960, abgedruckt bei Krahe BB 1961, 1305 f.; a.A. Völp aaO; Lutz / Steiner aaO; Benisch zu § 26 Anm. 38; Baumbach/Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 33.

(39) Im Ergebnis wie hier Schweer Dissertation S. 58 ff., 63 ff.; Fikentscher WuW 1958, 264: "Je weniger Markteinfluß ein Markenartikelhersteller hat, desto mehr darf man ihm diskriminierende Praktiken erlauben, damit er sich eine optimal wirksame Absatzorganisation in Übereinstimmung mit §§ 16 ff. GWB aufbauen kann."

gleich. Hier empfiehlt sich eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 auch auf preisempfehlende Markenartikelhersteller (40).

IV. Der Gesetzgeber hat sich also bei der Bestimmung des Adressatenkreises des § 26 Abs. 2 innerhalb des durch den Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung gezogenen Gestaltungsrahmens bewegt. Gerade die Begrenzung des DV auf Unternehmen und Unternehmensgruppen, die typischerweise mit wirtschaftlicher Macht - gleich welcher Art und welchen Ursprungs - ausgestattet sind, rechtfertigt es, das DV als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsprinzips anzusehen (41).

In dem für unsere Rechts- und Wirtschaftsordnung verbindlichen grundgesetzlich abgesicherten Wertsystem, das von der "Präponderanz der Freiheit" (42) beherrscht wird, wird eine nivellierende Gleichheit abgelehnt. Die Funktion des Gleichheitsprinzips beschränkt sich darauf, die Freiheit des Einzelnen gegen bestimmte Formen mißbräuchlicher Machtausübung abzuschirmen und damit gleichzeitig den Bestand der sozialen Ordnung zu garantieren. Wer Inhaber der Macht ist, der Staat, Träger mittelbarer Staatsverwaltung oder Private ist - prinzipiell gesehen - gleichgültig (43).

Das GWB konkretisiert dieses Wertsystem im wirtschaftlichen Bereich. Die durch dieses Gesetz konzipierte Wettbewerbsordnung beruht auf wirtschaftlicher Freiheit. Einem Unternehmen steht es grundsätzlich frei, mit wem es abschließen will und zu welchen Bedingungen. Die wirtschaftliche Freiheit des Unternehmens vollzieht sich im Wettbewerb auch in der differenzierenden Anpassung an Marktsituationen und Konkurrenzlagen. Diese

---

(40) So auch Kartte WuW 1962, 247 ff., der aber mit Recht Bußgeldverfahren gegen preisempfehlende Unternehmen wegen des strafrechtlichen Analogieverbots, das auch für mit Bußgeld bedrohte Ordnungswidrigkeiten gilt, für unzulässig hält.

(41) Baumbach / Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 23; vgl. auch Laufke aaO S. 181 ff.

(42) H. Peters aaO S. 671 f.

(43) a.A. Mestmäcker WuW 1957, 22, der ohne Begründung die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für private Machtträger verneint.

Betätigungen wirtschaftlicher Freiheit sollen nicht durch ein an alle Unternehmen gerichtetes DV entmutigt werden. Dabei wird in Kauf genommen, daß die Differenzierungen auch von sachfremden Motiven getragen sein können. Hier vertraut der Gesetzgeber auf die selbsttätige Ordnung des Marktes. Die betroffenen Wettbewerber können sich zur Wehr setzen, die Lieferanten und Abnehmer auf andere Unternehmen ausweichen. Auf vermachteten Märkten hingegen, wo der Marktmechanismus nicht funktioniert, schafft das in § 26 Abs. 2 positivierte Gleichbehandlungsgebot einen Ausgleich für den schwächeren Marktteilnehmer. So verstanden widerspricht das DV nicht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (44) sondern "fügt sich als ein weiterer Baustein in das System einer Privatrechtsordnung ein, das vom Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und sozialer Gerechtigkeit beherrscht wird" (45).

---

(44) Baumbach/Hefermehl aaO; Biedenkopf Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung ... sieht in einer Kartellvereinbarung die "Errichtung von Sonderrechtsordnungen im Wege des Kollektivvertrags". Diese "Normenvereinbarung" sei nicht Ausübung von Privatautonomie (S. 128 ff.). Sie vollziehe sich daher in einem Bereich, in dem der Gleichheitsgrundsatz voll zur Entfaltung gelange (S. 166 ff.). - Diese Betrachtungsweise verengt das Problem auf die Kartelle. § 26 Abs. 2 GWB folgt aber der Einsicht, daß die Beschränkung wirtschaftlicher Macht durch den Gleichheitssatz gegenüber mächtigen Einzelunternehmen genauso geboten ist wie gegenüber Kartellen. Die Konstruktion Biedenkopfs ist zur Begründung der von § 26 Abs. 2 statuierten Gleichbehandlungspflichten weder notwendig noch ausreichend.

(45) Raiser JZ 1958, 8; vgl. auch Preiser S. 49.

§ 6 Das Problem der Konkretisierung des Diskriminierungsverbots

Die Bestimmung des DV als Anwendungsfall des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes läßt den konkreten Gehalt des Verbots noch nicht erkennen. Immerhin ist das Auslegungsproblem damit näher lokalisiert. Es geht im Ansatz um die Frage der Konkretisierung des Gleichheitssatzes.

Ausgehend von der aristotelischen Einsicht, daß das Gebot, Gleiches gleich zu behandeln einen Teilinhalt der austeilenden Gerechtigkeit ausmacht, gelangten Literatur (1) und Rechtsprechung (2) in ihren Bemühungen um die Inhaltsbestimmung des Gleichheitssatzes zunächst für das öffentliche Recht zur Gleichsetzung von Gleichheitsgebot und Willkürverbot. Die negative Formulierung des Gleichheitssatzes als Verbot willkürlicher, d.h. bei vernünftiger Betrachtung sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierung ist gewiß nicht weniger formal als seine positive Formulierung als Gebot der Gleichbehandlung von Gleichem. Ihr gebührt jedoch deshalb der Vorzug, weil sie uns eindeutiger auf den Weg der Bewertung verweist (3). Nicht jede ungleiche Behandlung sondern nur eine solche willkürlichen Charakters ist verboten.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt der Sinn des Gleichheitssatzes "zu einem wesentlichen Teil darin, daß nicht alle tatsächlichen Verschiedenheiten zur unterschiedlichen Behandlung führen dürfen, sondern nur solche tatsächlichen Ungleichheiten, denen aus Erwägungen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit auch für das Recht unterscheidende Bedeutung zukommt." (4).

---

(1) Leibholz S. 72 ff., 245 ff.; G. Hueck S. 173 ff.; Enneccerus/Nipperdey § 15 II 1 mit weiteren Literaturhinweisen; kritisch Ipsen aaO S. 152 ff.; Böckenförde S. 47 ff.

(2) BVerfGE 1, 52, 247, seitdem ständige Rechtsprechung: "Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß."

(3) G. Hueck S. 182; vgl. auch Zippelius S. 30 ff., 34 ff.

(4) BVerfGE 3, 240; 6, S. 71.

Dieser Leitsatz entspricht der rechtsphilosophischen Erkenntnis, daß Gleichheit im Recht immer eine Abstraktion von bestehender Ungleichheit unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt voraussetzt (5). Welche Momente haben die Folge, daß zwei Fälle gleichbehandelt werden müssen, und welche tatsächlichen Verschiedenheiten dürfen zur unterschiedlichen Behandlung führen? - Diese Auswahl kann nur durch eine rechtliche Bewertung getroffen werden.

Auch für das Privatrecht ist es sinnvoll, den Gleichbehandlungsgrundsatz als Willkürverbot zu bestimmen (6). Denn in seinem spezifischen Anwendungsfeld im Privatrecht, das gekennzeichnet ist durch bestehende Machtverhältnisse, legitimiert er sich wie im öffentlichen Recht als Teil der distributiven Gerechtigkeit.

Bei der Formulierung des § 26 Abs. 2 GWB hat die Willkürformel Pate gestanden. Der Gesetzgeber läßt damit erkennen, daß den Adressaten des Verbots nicht jede unterschiedliche Behandlung schlechthin verboten ist, daß andererseits nicht jede Besonderheit eines Marktbeteiligten eine Differenzierung rechtfertigt.

Durch die Tatbestandselemente "gleichartige Unternehmen" und "Geschäftsverkehr, der üblicherweise zugänglich ist" hat der Gesetzgeber unter Aspekten wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit vergleichbare Tatbestände geschaffen. Nicht alle Merkmale, die die Individualität eines Unternehmens ausmachen, sind für die Gleichheitsprüfung relevant. Die Unternehmen erscheinen als auf einzelne Funktionen reduziert, die durch die Tatbestandselemente Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr gekennzeichnet sind. Sind sie hinsichtlich dieser Funktionen ungleich, so verletzt eine unterschiedliche Behandlung, die an diese Ungleichheit anknüpft, nicht das DV. Sind sie hinsichtlich dieser Funktionen gleich, so ist damit eine Differenzierung noch nicht untersagt. Denn noch ist die Frage offen, ob nicht auf Grund einer Bewertung noch andere Besonderheiten, die innerhalb des Sachzusammenhanges liegen, für die Prüfung ob der Tatbestand gleich oder ungleich liegt, Gewicht zukommt. Dies innerhalb des ausgedehnten Bereichs des marktwirtschaftlichen Güterverkehrs festzustellen, ist das Bewertungsproblem der sachlichen Rechtfertigung.

---

(5) Radbruch S. 126, 170.
(6) G. Hueck S. 173 ff.

DRITTES KAPITEL

§ 7 Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr

In den Fällen, in denen das Vorliegen einer Diskriminierung verneint wurde, herrscht in der Praxis mitunter Unklarheit darüber, an welchem Tatbestandsmerkmal die Anwendbarkeit des § 26 Abs. 2 GWB letztlich scheitert. Sind die Unternehmen, die vom Bezug ausgeschlossen werden, von vorneherein den Belieferten gegenüber nicht gleichartig oder ist ihnen üblicherweise ein Geschäftsverkehr gar nicht zugänglich? Eine Reihe von Entscheidungen verneinen sowohl die Gleichartigkeit als auch den üblichen Geschäftsverkehr und stellen außerdem noch Erwägungen darüber an, daß die Lieferverweigerung weder unbillig noch sachlich ungerechtfertigt sei (1).

Eine methodisch vorgehende Prüfung, ob ein wirtschaftlicher Sachverhalt unter den Diskriminierungstatbestand fällt, ist darauf angewiesen, daß die Auslegung geklärt hat, welche wirtschaftlichen Fakten im Hinblick auf die einzelnen Tatbestandselemente relevant sind. Der Inhalt der einzelnen Merkmale ist daher sauber abzugrenzen, was auch nicht dadurch überflüssig wird, daß sich im rechtlichen Ergebnis nicht notwendig etwas ändert, wenn man einzelne Fragen im falschen Zusammenhang erörtert.

Die Begriffe Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr betreffen Sonderfälle der sachlichen Rechtfertigung. Wenn eines dieser Merkmale nicht vorliegt, entfällt der Diskriminierungstatbestand. Den Rechtsanwendungsorganen erleichtert es in einzelnen Fällen ihre Aufgabe, wenn sie das Vorliegen einer Diskriminierung verneinen können, weil Gleichartigkeit oder üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr nicht gegeben ist. Denn die Vorstellungen des Gesetzgebers, der hier bewußt an die Rechtspraxis des KartG zu § 9 KartVO angeknüpft hat (2), lassen sich bezüglich dieser Merkmale konkret aufweisen. Sie richten sich nach objektiv feststellbaren Umständen

---

(1) So z.B. WuW/E LG/AG 179; WuW/E BKartA 499.

(2) Begründung zum Regierungsentwurf C zu § 23 3b.

und Verhältnissen, über deren rechtliche Erheblichkeit innerhalb des Diskriminierungstatbestandes der Gesetzgeber entschieden hat. Diese Voraussetzungen zu bestimmen ist in der Regel nicht so schwierig, wie die besondere Motivationslage einer unterschiedlichen Behandlung festzustellen, die an andere vom Gesetzgeber nicht genannte Besonderheiten anknüpft, und die Beurteilung, ob diese sachlich gerechtfertigt ist.

Diese Merkmale, die die durch das DV geschützten Unternehmen typisieren, sollen daher vorweg erörtert werden, bevor wir das schwierigere Problem der sachlichen Rechtfertigung angehen, wo die gesetzgeberische Wertentscheidung in jedem einzelnen Fall durch den Spruch der Richter oder der Kartellbehörden konkretisiert werden muß.

I. Die Tatbestandsmerkmale Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr ermöglichen eine völlige Aufweichung des Verbots, wenn man es den Adressaten des § 26 Abs. 2 überläßt, selbst zu bestimmen, welche Unternehmen untereinander gleichartig sind (3) und welchen ein Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich ist. Besteht der Sinn des DV darin, bestimmte Verhaltensformen marktmächtiger Unternehmen als mißbräuchlich zu verbieten, so muß zunächst einmal der Tatbestand der Diskriminierung ohne Anerkennung der Wünsche der angesprochenen Unternehmen bestimmt werden (4). Die Tatbestandsmerkmale müssen daher objektiv verstanden werden.

---

(3) Biedenkopf BB 1958, 757

(4) so schon entsprechend zu § 9 KartVO Rasch Die Kartellsperre S. 25. - Rasch hatte zur Sperreinwilligungspraxis des KartG vorgeschlagen, das vom KartG entwickelte Merkmal des "gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs" bei der begrifflichen Erfassung des Sperrtatbestands überhaupt außer Betracht zu lassen und lediglich bei der wirtschaftspolitischen Entscheidung über die Genehmigung der Kartellmaßnahme zu berücksichtigen. "Die Wirtschaftsverfassung des freien Wettbewerbs kennt weder einen Geschäftsverkehr, der einem Unternehmen üblicherweise zukommt, noch einen solchen, auf den nur gleichartige Firmen Anspruch haben" (aaO S. 25 f.). - Der Gesetzgeber hat die Bedenken Raschs offensichtlich nicht geteilt. Aber auch er sah die Notwendigkeit, diese Merkmale nicht starr

Für die mitbewerberbezogene Diskriminierung bestimmen sich Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr regelmäßig nach der Mitbewerbereigenschaft. Für die kundenbezogene Diskriminierung beziehen sich beide Tatbestandselemente überwiegend auf die Vertriebs- und Absatzwege. Der Gesetzgeber trägt hier der Existenz bestimmter Vertriebs- und Absatzwege Rechnung. Keinesfalls wollte er damit die bestehenden Absatzorganisationen zementieren. Die Dynamik des Wirtschaftslebens bringt es mit sich, daß neue Wege zum Verbraucher aufgewiesen werden. Die Entwicklung neuer Arten des Vertriebs, die sich vermöge ihrer größeren Wirtschaftlichkeit durchsetzen, soll nicht gehemmt werden. Die Begriffe unterliegen daher ständigem Wandel (5).

II. Zum Begriff der Gleichartigkeit stellt die Praxis in Übereinstimmung mit dem Schrifttum (6) überwiegend auf die Funktionen ab, die ein Unternehmen im Markt ausübt. Nicht überall herrscht völlige Klarheit, worauf sich die Marktfunktionen beziehen sollen.

Das LG Mannheim (7) hat Bedenken, einen Großhändler wegen seines geringen Jahresumsatzes als gleichartig gegenüber anderen Großhändlern mit höheren Jahresumsätzen zu bezeichnen. Gegenüber Einzelhändlern ist er nach Auffassung des Gerichts deshalb ungleichartig, weil die Funktionen von Groß- und Einzelhandel wesensverschieden seien. Die Kriterien, die zur Bestimmung der Gleichartigkeit herangezogen werden, sind hier im gleichen Fall uneinheitlich. Ein Grossist mit geringem Jahresumsatz würde demgemäß, was seine Gleichartigkeit angeht, immer zwischen zwei Stühlen sitzen.

---

sondern angepaßt an die wirtschaftliche Entwicklung auszulegen (Begründung zum Regierungsentwurf C zu § 23 3b).

(5) Rasch Kommentar zu § 26 Anm. 5; Begründung zum Regierungsentwurf aaO.

(6) Frankfurter Kommentar zu § 26 Tz 87; Baumbach/Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 36; Rasch Kommentar zu § 26 Anm. 5

(7) WuW/E LG/AG 180

Das BKartA sieht ein Lebensmittelgeschäft bezüglich des Handels mit Kindernährmitteln als ungleichartig gegenüber Apotheken, Drogerien und Reformhäusern an (8). Die Unterschiedlichkeit der Funktionen liege darin, daß das Lebensmittelgeschäft den Lebensmittelbedarf der Durchschnittsverbraucher decke, während die Fachgeschäfte, abgesehen von Arzneien und Drogen, nur Lebensmittel für besondere Verbraucherkreise wie Säuglinge, Kinder, Rekonvaleszenten, Diabetiker u.a. führe. Hiergegen ist einzuwenden, daß sich die Unternehmen, berücksichtigt man derartig individuelle Besonderheiten der Waren und des Kundenkreises, schwerlich unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit typisieren lassen.

Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, daß Gleichartigkeit nicht die völlige Identität aller Merkmale voraussetzt, die die Individualität eines Unternehmens charakterisieren. Mit der Begriffsbestimmung, daß Unternehmen dann als gleichartig angesehen werden, wenn sie gleiche Funktionen ausüben, ist nicht viel gewonnen, wenn nicht klar ist, welche Funktionen gemeint sind. Ausgehend von dem Leitgedanken, daß die Frage der Gleichartigkeit nicht zur Disposition der diskriminierungsfähigen Unternehmen gestellt werden darf, muß dieses Tatbestandsmerkmal nach generellen und objektiven Kriterien bestimmt werden. Alle individuelleren Funktionen, die den Unternehmen möglicherweise von ihren Lieferanten aus Gründen der Absatzpolitik beigemessen werden, scheiden für die Bestimmung der Gleichartigkeit aus.

Zieht man den herkömmlichen Vertrieb über die Handelsstufen in Betracht, so sind für die Gleichartigkeit ausschließlich die Funktionen bedeutsam, die ein Unternehmen auf dem Wege eines Produktes vom Hersteller zum Verbraucher wahrnimmt (9). Eine unterschiedliche Behandlung, die an die in diesem Sinne bestimmte Ungleichartigkeit anknüpft, nimmt die typischerweise ungleichen Leistungen zum Anlaß, die die Abnehmer verschiedener Handelsstufen für den Hersteller erbringen.

Übt ein Unternehmer die charakteristischen Funktionen eines Grossisten aus, die bezogenen Waren an Einzelhändler zu verteilen, so ist gleichgültig, ob er sich dabei traditioneller oder neuartiger Vertriebsmethoden bedient. Selbstbedienungsgroßhändler sind daher mit Großhändlern herkömmlicher Art

---

(8) WuW/E BKartA 499

(9) Rasch Kommentar zu § 26 Abm. 5

gleichartig (10). Auch auf die Höhe des Umsatzes kann es nicht ankommen. Anderenfalls wären marktmächtige Unternehmen in der Lage, das Aufkommen neuer Unternehmen auf der vorgeordneten Stufe dadurch zu behindern, daß sie lediglich unter Hinweis auf einen ihnen noch zu geringen Umsatz die Belieferung ablehnten. - Warenhäuser und Versandgeschäfte sind, wenn sie ausschließlich an Letztverbraucher verkaufen, wie Einzelhändler zu behandeln. Trotz ihres erheblichen Umsatzes fehlt es ihnen an der für den Großhandel wesentlichen Verteilerfunktion. Einkaufsgenossenschaften sind dem Handel gegenüber gleichartig, wenn sie gleiche Vermittlerfunktionen wie der Großhandel ausüben und die Ware nicht nur gelegentlich über den Kreis ihrer Mitglieder hinaus absetzen (11).

Für Unternehmen mit Mischfunktionen kommt es darauf an, welche Funktionen sie bezüglich der Ware, hinsichtlich derer sie eine unterschiedliche Behandlung rügen, überwiegend ausüben. Ein Schreibwarengeschäft, das auch eine Leihbücherei betreibt und außerdem etwa dreißig Einzelhändler einer Stadt mit Zeitschriften versorgt, die es von den Verlagen zu Grossistenpreisen bezieht, ist hinsichtlich der Zeitschriften als gleichartig mit dem Zeitschriftengroßhandel anzusehen, wo die Weiterbelieferung mit Zeitschriften zu Grossistenpreisen in Frage steht (12). Daß sich das Geschäft ansonsten auch dem Einzelhandel widmet, ist hier ohne Belang.

Neben diesen Kriterien, die sich auf die funktionelle Stellung eines Unternehmens innerhalb des in Handelsstufen aufgeteilten Absatzweges beziehen, scheiden solche, die fachliche oder persönliche Eigenschaften der Unternehmen betreffen, für die Bestimmung der Gleichartigkeit aus: so z.B. die Fachgeschäftseigenschaft, die bei der Frage des üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs zu erörtern ist; sowie geschäftliche Zuverlässigkeit und Kreditwürdigkeit, die in den Problemkreis der sachlichen Rechtfertigung fallen (13).

---

(10) Tätigkeitsbericht 1960, 52; 1962, S. 51;
WuW/E OLG 380; a.A. Krahe BB 1961, 1306.

(11) Gentz WuW 1961, 599; a.A. Paul WRP 1962, 1 ff. für die pharmazeutische Branche, der jedoch den Begriff mit einer Fülle von individuellen Kriterien belastet, die erst für die Frage der sachlichen Rechtfertigung relevant sind.

(12) a.A. Baumbach/Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 36

(13) a.A. Benisch im Gemeinschaftskommentar zu § 26 Anm. 42

Weichen die Hersteller einer Branche vom traditionellen Vertriebsweg über die Handelsstufen immer häufiger ab und wird somit ersichtlich, daß die Angehörigen der übergangenen Handelsstufen die typischen Leistungen für die Hersteller nicht mehr erbringen können, so ist der Begriff der Gleichartigkeit nicht mehr an der Zugehörigkeit zu einer Handelsstufe zu orientieren. Ob ihm dann noch Bedeutung für den Diskriminierungstatbestand zukommt, hängt davon ab, ob sich neue typisierbare Handelsfunktionen herausbilden, die die der überkommenen Handelsstufen ablösen.

Differenzierungen, die lediglich mit Rücksicht auf die funktionelle Stellung eines Unternehmens innerhalb der Absatzorganisation vorgenommen werden, der aber keine mit der Stellung verbundene Leistung für den Lieferanten entspricht, sind daher unzulässig. Die Hersteller lassen häufig durch den Übergang von Funktions- zu Mengenrabatten erkennen, daß ihnen an dem Vertrieb über die Handelsstufen nichts mehr gelegen ist. Werden in solchen Fällen bestimmte Abnehmergruppen von der Rabattgewährung je nach Bezugsmenge ausgeschlossen, so kann ein solches Verhalten nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, die Benachteiligten seien den anderen Unternehmen gegenüber nicht gleichartig, selbst wenn sie verschiedenen Handelsstufen angehören (14).

III. Auch die Praxis zum Merkmal des üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs ist nicht ganz eindeutig. Insbesondere bleibt unklar, ob die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs nach der individuellen Gestaltung dessen beurteilt wird, der den Geschäftsverkehr eröffnet (subjektive Theorie) oder sich nach objektiven Kriterien, wie nach der Verkehrsanschauung aller am Vertrieb beteiligten Kreise richtet (objektive Theorie).

Der für § 26 Abs. 2 erstmalig vom OLG München (15) aufgestellte und von der Rechtsprechung und vom BKartA (16) wiederholt bestätigte Satz, einem preisbindenden Unternehmen stehe es frei, seinen Vertriebsweg zu wählen und auch aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen zu ändern, läßt nicht

---

(14) WuW/E BKartA 41 (44) "Öfen"
(15) WuW/E OLG 286
(16) Tätigkeitsbericht 1959, S. 48; 1960, S. 53; 1961, S. 35

zwingend den Schluß zu, die Praxis stelle sich damit auf den Boden der subjektiven Theorie (17). Diese Ansicht ist zur Frage der sachlichen Rechtfertigung entwickelt worden. Daß mit der Wahl eines Vertriebswegs auch die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs bestimmt sei, ist damit nicht gesagt.

Das LG Berlin (18) setzte sich über eine vertragliche Vereinbarung - abgeschlossen zwischen der AOK und dem Apothekerverein - hinweg, die den Geschäftsverkehr zwischen allen bestehenden Apotheken und der AOK regelte und festlegte, daß Apotheker, die erst nach einem bestimmten Zeitpunkt die Zulassung erlangten, in den Geschäftsverkehr mit der AOK nur aufgenommen werden sollten, wenn die AOK im Benehmen mit dem Apothekerverein zustimmte. Das Gericht bemerkte dazu, solche Verbandsregelungen könnten zwar Bedeutung für die Bestimmung des üblichen Geschäftsverkehrs erlangen(19). Jedoch dürfe eine solche Regelung "kein willkürliches Diktat auf Grund einer starken Marktposition gegen Personen und Firmen darstellen, die im normalen wirtschaftlichen Wettbewerb stehen." Die Frage, ob ein Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich sei, müsse unter Anknüpfung an die Rechtspraxis zu § 9 KartVO nach objektiven Gesichtspunkten entschieden werden. - Auch der BGH (20) legte im Gummistrümpfe-Fall die objektive Theorie zugrunde. Er erkannte eine vertragliche Regelung zwischen der AOK und dem Landesverband für das Bandagisten-, Orthopädie- und Chirurgiemechanikerhandwerk, die den Geschäftsverkehr betraf, nicht als maßgeblich für die Bestimmung des üblichen Geschäftsverkehrs an.

In dem Schreiben betr. Pharmazeutika bestimmt das BKartA (21) den gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr nach Käufererwartung und Verbraucherauffassung, also nach objektiven Kriterien. Auch die Ansicht des BKartA (22), daß der Ausschluß des Versandhandels von der Belieferung mit Filmen gegen das DV verstoße, ist nur unter Zugrundelegung der objektiven Theorie zu verstehen. - In einem neueren Beschluß behauptet das BKartA unvermittelt, schon immer die subjektive Theorie vertreten zu

---

(17) so meint irrig Spengler WuW 1963, 3 ff. (8)
(18) WuW/E LG/AG 116 (125) "Allgemeine Ortskrankenkasse"
(19) Hier hat anscheinend die Formulierung in KartG Nr. 184 als Vorbild gedient.
(20) WuW/E BGH 422
(21) WuW/E BKartA 383
(22) WuW/E BKartA 397 = Tätigkeitsbericht 1961, S. 34 f.

haben (23). Maßgeblich sei der übliche Vertriebsweg des betreffenden Herstellers. Doch wird auch in dieser Entscheidung zusätzlich auf einen objektiven Gesichtspunkt hingewiesen, nämlich auf die Branchenüblichkeit des Absatzes von Kindernährmitteln über den Fachhandel.

Das Merkmal des üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs bezieht sich auf die Vertriebsgepflogenheiten einer Branche. Die hierzu entwickelte subjektive Theorie hat - konsequent durchgeführt - zur Folge, daß die Wahl der Kunden durch den preisbindenden oder marktbeherrschenden Hersteller oder das Kartell die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs in jedem Falle festlegt. Derjenige, zu dessen Ungunsten die Wahl ausfiel, kann sich zu seinem Schutz nicht auf das DV berufen, weil ihm kein üblicher Geschäftsverkehr zugänglich gemacht wurde. Der Diskriminierungstatbestand ist damit weitgehend ausgehöhlt (24).

Das Ziel des Gesetzes, der privaten Marktmacht effektive Schranken zu setzen, gebietet es, die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs objektiv zu bestimmen (25). Üblich ist ein Geschäftsverkehr, der unter Berücksichtigung der Eigenarten der Ware und der Ansicht aller an ihrem Absatz beteiligten Verkehrskreise, einschließlich der Verbraucher, als angemessen empfunden wird.

Der Hinweis auf die Branchenüblichkeit genügt nicht in allen Fällen. Die Branchenüblichkeit kann das Resultat einer vom Marktbeherrscher oder Kartell praktizierten individuellen Gestaltung sein und durchaus wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben. Auf monopolitischen Märkten wird die Branchenüblichkeit häufig durch das Monopol bestimmt sein. Das GWB wendet sich gegen bestehende Wettbewerbsbeschränkungen, auch wenn sie branchenüblich sind. Verbandsregelungen, deren protektionistische Zielsetzung auf der Hand liegt (26), sollte entschieden jeglicher bestimmender Einfluß auf die Üblich-

---

(23) WuW/E BKartA 500

(24) für die subjektive Theorie: Frankfurter Kommentar zu § 26 Tz 95, hier allerdings dadurch modifiziert, daß die Wahl des Vertriebswegs nicht willkürlich erfolgen dürfe. - Dies ist aber bei der Frage der sachlichen Rechtfertigung zu prüfen.

(25) für die objektive Theorie: Rasch zu § 26 Anm. 5; Baumbach/Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 38; Benisch zu § 26 Anm. 43

(26) wie in WuW/E LG/AG 116; WuW/E BGH 422

keit des Geschäftsverkehrs abgesprochen werden. Dort wo sich die Möglichkeit neuer Absatzwege bietet, sollen sie - notfalls mit Hilfe des DV - geöffnet werden können. Es ist also eine genaue Prüfung erforderlich, ob der auf einem Markt festgestellte Vertriebsweg der Eigenart des Erzeugnisses (27) gerecht wird und den Erwartungen der am Vertireb beteiligten Unternehmen jeder Handelsstufe und der Letztverbraucher entspricht oder ob er durch marktmächtige Unternehmen oder Unternehmensgruppen ausgehoben wurde.

Der ausschließliche Vertrieb von Pharmazeutika und Drogen über Fachgeschäfte (Apotheken und Drogerien) dürfte in der Regel üblich sein. In der Ablehnung der Belieferung eines Nichtfachhändlers (Lebensmitteleinzelhändler) liegt schon aus diesem Grunde keine Diskriminierung (28). Bei Säuglings- und Kindernährmitteln wird die Sache schon zweifelhaft. Hier läßt sich sowohl ausschließlicher Verkauf einzelner Marken über Fachgeschäfte beobachten, als auch die Belieferung von Lebensmitteleinzelhändlern mit gleichartigen Waren anderer Marken. Das BKartA glaubt feststellen zu können, daß die Beschränkung des Vertriebswegs auf Fachgeschäfte bei Säuglings- und Kindernährmitteln branchenüblich sei (29). Das allein rechtfertigt es aber nicht, Nichtfachhändlern den Zugang zum Geschäftsverkehr abzuschneiden. Handelt es sich bei normalen Kindernährmitteln tatsächlich um Waren, bei dessen Kauf der Verbraucher besonderer fachmännischer Beratung bedarf, die ein Lebensmitteleinzelhändler nicht erteilen könnte? Daß die Hausfrau ihrer entraten kann, bezeugt das zunehmende Angebot von Kindernährmitteln in Lebensmittelgroßgeschäften und Supermärkten. Auch die Erfordernisse der Frischhaltung können von Lebensmitteleinzelhändlern mit modern eingerichteten Geschäften (Kühlvorrichtungen und dgl.) erfüllt werden. Anderes gilt hinsichtlich der erforderlichen Beratung für Nährpräparate, die das Kind bei Krankheit oder Mangelerscheinungen benötigt. Sie werden wie Pharmazeutika und Drogen üblicherweise über Apotheken und Drogerien gehandelt.

---

(27) Für die Eigenart des Erzeugnisses spielt es eine Rolle, ob die Ware besonderer fachmännischer Pflege, technischer Geräte bei der Lagerung oder besonderer Beratung und Anleitung beim Verkauf bedarf.

(28) WuW/E BKartA 383

(29) Das Argument, daß beim Verkauf von Kindernährmitteln eine besondere Beratung erforderlich sei, die nur in Fachgeschäften geleistet werden könne, wird auch nicht dadurch überzeugender, daß die Bayrische Landesapothekerkammer den ausschließlichen Vertrieb über Apotheken und Drogerien als erwünscht und gerechtfertigt bezeichnet, worauf das BKartA (aaO 499) glaubt zur Begründung hinweisen zu müssen.

In der Fotoindustrie wird angesichts des Massenverkaufs über Versandhandel und Automaten niemand mehr ernstlich behaupten wollen, daß Filme besonders beratungsintensive Artikel seien und daher über den Fachhandel abgesetzt werden müßten. Auch bei Markenkameras bahnt sich ein Wandel an. Dem Einwand, nur der Fachhandel gewährleiste einen sach- und fachgerechten Absatz, ist durch den immer häufiger werdenden Vertrieb über Kauf- und Versandhäuser weitgehend die Überzeugungskraft genommen (30). - Eine andere Frage ist, ob es sachlich gerechtfertigt ist, wenn ein Hersteller aus Prestige- und Reklamegründen beim Verkauf seiner Markengeräte auf eine persönliche fachmännische Anleitung nicht verzichten will.

Auf vielen Märkten läßt sich infolge verschiedenartiger Vertriebsmethoden nicht von einem allgemein geübten Geschäftsverkehr sprechen. Hier ist grundsätzlich jedem Marktteilnehmer, der auf Grund einer der auf dem Markt praktizierten Vertriebsarten in den Vertrieb eingeschaltet wäre, der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich; es sei denn, der von einem Hersteller gewählte Absatzweg ist in einer Branche noch völlig unüblich. - Setzt ein Unternehmer der Fotoindustrie seine Geräte nur über ausgewählte Großhändler ab, während ein Teil seiner Konkurrenten alle Großhändler in den Vertrieb einschaltet und ein anderer Teil den Einzelhandel direkt beliefert, so ist allen Groß- und Einzelhändlern dieser Branche der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich im Sinne des § 26 Abs. 2. Sollte sich hingegen ein Fabrikant von Fotogeräten geschäftlichen Erfolg davon versprechen, seine Erzeugnisse über einzelne Buchhändler abzusetzen, so ist damit dem Buchhandel noch kein üblicher Geschäftsverkehr zur Fotoindustrie eröffnet.

Es ist daher unrichtig, wenn das LG Köln (31) das Begehren eines Fotogroßhändlers, in den Kreis der vom Hersteller ausgewählten Großhändler aufgenommen zu werden, schon daran scheitern lassen will, daß infolge verschiedenartiger Vertriebsmethoden in dieser Branche kein üblicher - allen Großhändlern gleichermaßen zugänglicher - Geschäftsverkehr feststellbar sei. Würde man dem zustimmen, so wäre auf Märkten, auf denen der Absatz uneinheitlich organisiert ist, die Anwendung des DV auf Lieferverweigerungen von vorneherein ausgeschlossen.

---

(30) Gentz WuW 1961, 599
(31) WuW/E LG/AG 150

Im Ergebnis wird zwar - wie noch im einzelnen dargelegt wird - eine unterschiedliche Behandlung zum Zwecke der Vertriebsorganisation nicht gegen das DV verstoßen. Denn der Aufbau und die konsequente Durchführung eines Vertriebssystems kann unter dem Gesichtspunkt der Konkurrenz der Absatzwege als einer legitimen Form des Wettbewerbs einen Ausschluß vom Geschäftsverkehr sachlich rechtfertigen. Aber auch in dieser Fallgruppe gibt es Verhaltensweisen, die vom DV erfaßt werden; wenn beispielsweise ein Vertriebssystem nicht lückenlos durchgeführt wird (32). Sie würden zu Unrecht aus dem Diskriminierungstatbestand generell herausfallen, wenn man bereits den üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr verneinen würde, wo auf einem Markt der Vertrieb nicht einheitlich gehandhabt wird.

Je mehr wettbewerbliche Initiative hinsichtlich der individuellen Gestaltung der Absatzorganisationen entfaltet wird und je mehr von bisher üblichen Vertriebswegen abgewichen wird, desto geringer wird die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals des üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs. Die Prüfung der Zulässigkeit von Differenzierungen aus Gründen der Absatzpolitik konzentriert sich dann auf die Frage der sachlichen Rechtfertigung.

---

(32) WuW/E BKartA 397

VIERTES KAPITEL

§ 8 Erste Orientierung zum Auslegungsproblem der sachlichen Rechtfertigung

I. Das Problem der sachlichen Rechtfertigung im Diskriminierungstatbestand läßt sich nicht durch Formeln lösen. Die Formulierungen, die in Schrifttum und Rechtsprechung zum DV an die Willkürformel anknüpfen und sie mit einem verbalen Bezug zum Wirtschaftsbereich versehen, sind nicht nur unfruchtbar für die Auslegung des Verbots sondern auch irreführend. Wenn es da heißt, eine Differenzierung sei sachlich gerechtfertigt, wenn sie auf "vernünftigen kaufmännischen Überlegungen" (1) beruhe, oder gleichliegende Vorgänge dürften nicht aus "wirtschaftsfremden Erwägungen oder aus Willkür" (2) unterschiedlich behandelt werden, so wird der Eindruck erweckt, als erfülle das DV seine Funktion darin, vor Launen marktmächtiger Unternehmer zu schützen. Im Regelfall beruht jede Differenzierung auf kaufmännischen Überlegungen; Abschlußverweigerungen aus wirtschaftsfremden Erwägungen, etwa weil einem Unternehmer das Privatleben seines Kunden nicht gefällt, dürften selten sein.

II. Was den Spielraum rechtlicher Gestaltung unter Berücksichtigung des DV angeht, eignet sich auch die verfassungsrechtliche Praxis zur Frage der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz nicht als Vorbild zur Konkretisierung des DV. Lehre und Rechtsprechung (3) berücksichtigen die demokratische Legitimation des Gesetzgebers, wenn sie den Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit unter Berücksichtigung des Art. 3 GG sehr weit ziehen. Es wäre verfehlt, Leitsätze, die die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz

---

(1) Benisch im Gemeinschaftskommentar zu § 26 Anm. 49

(2) WuW/E LG/AG 112 (114 f.)

(3) Vgl. hierzu Fuß JZ 1959, 329 ff.; JZ 1962, 565 ff., 595 ff., 737 ff.

umschreiben, auch auf die Wirtschaftssubjekte, soweit sie Gleichbehandlungspflichten unterliegen, zu übertragen. Der Rahmen, innerhalb dessen die Wirtschaftssubjekte Freiheit in der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen besitzen, ist durch das die Wirtschaft ordnende positive Recht enger gezogen. Die Wirtschaftssubjekte entbehren der Legitimation zur Gestaltung der rechtlich verfaßten Wirtschaftsordnung.

III. Aus dem verfassungsrechtlichen Bereich ist aber die Aufzählung bestimmter, zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung ungeeigneter Merkmale in Art. 3 Abs. 3 GG auch für das DV von Bedeutung. § 26 Abs. 2 GWB beschränkt sich seinem Wortlaut nach nicht auf wettbewerbsschädliche Diskriminierungen, wenn auch hier der Schwerpunkt seines Anwendungsbereichs liegen dürfte. Das DV will allgemein den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht in Form der unterschiedlichen Behandlung verhindern und greift insofern über das engere rechtspolitische Anliegen des GWB hinaus (4). Auch hier ist nicht das Problem der Drittwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG zu erörtern. Die allgemein gültigen Wertungen, die Art. 3 Abs. 3 GG ausspricht, sind für den Privatrechtsverkehr dort von Bedeutung, wo im Rahmen der begründeten Geltung des Gleichbehandlungsgebots nach der sachlichen Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung gefragt wird (5). Die Aufzählung der Merkmale in Art. 3 Abs. 3 GG, an die nach dem gegenwärtig herrschenden Rechtsgefühl eine Differenzierung nicht anknüpfen darf, ist daher auch für die Adressaten des § 26 Abs. 2 GWB verbindlich. Eine unterschiedliche Behandlung, die ihren Grund in der Herkunft, Rasse, in religiösen oder politischen Anschauungen eines Konkurrenten oder Abnehmers findet, ist sachlich nicht gerechtfertigt.

---

(4) Steindorff Zweckmäßigkeit ... S. 65, Fußn. 42 auf Seite 66
(5) G. Hueck S. 101 ff.

§ 9 Das Diskriminierungsverbot als Institutionenschutz

Dem Verhaltensverbot des § 26 Abs. 2 GWB korrespondiert kein subjektives Recht auf Seiten des Geschützten. Wie Raiser (1) in seinen jüngsten Arbeiten überzeugend dargelegt hat, sind mit der Zuteilung selbständiger mit Rechtsschutz ausgestatteter Rechtsstellungen in der Form subjektiver Rechte die Gestaltungsmittel des Privatrechts nicht erschöpft. Die Funktionen der Einzelpersonen in unserer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung lassen sich nicht mehr begreifen, wenn man sie als isolierte auf sich gestellte Individuen versteht. Der Einzelne ist eingegliedert in die Lebensordnungen der Gemeinschaft, mit der er zusammenwirkt. Den Rechtsschutz innerhalb dieses Bereichs, wo die Person eine Gliedstellung innerhalb der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wirkungszusammenhänge einnimmt, besorgt die Rechtsordnung dadurch, daß sie "Verhaltensnormen als Spielregeln für das Zusammenleben" (2) ausbildet, deren Sinn es ist, eine Ordnung und diese tragende Rechtsinstitute zu errichten und zu sichern.

Primär im Interesse der Sicherung der Ordnung stellt das Recht dem Einzelnen bestimmte Ansprüche zu seinem Schutz zur Verfügung. Sie dienen nicht - wie subjektive Rechte - in erster Linie seinem Individualinteresse. Löst der Einzelne die zu seinem Schutz bereitgestellten Sanktionen aus, so wird er damit gleichzeitig im Allgemeininteresse zur Aufrechterhaltung des Ordnungsgefüges tätig.

Nicht durch die Zuteilung subjektiver Rechte, die den Einzelnen in seiner Rechtsstellung isoliert, sondern durch die Errichtung bestimmter Verhaltensregeln schützt das GWB sowohl die Wettbewerbsordnung als Institution wie auch den Einzelnen als Glied dieser Ordnung (3). In diesem Zusammenhang

---

(1) Raiser JZ 1961, 465 ff., Rechtsschutz und Institutionenschutz ... aaO S. 145 ff.

(2) Raiser JZ 1961, 472

(3) a.A. Fikentscher S. 207 ff., der von einer Rechtsschutzantinomie i.S. einer "Zweiseitigkeit des Schutzes der Persönlichkeit" spricht. Auf der einen Seite stehe der Schutz der Herrschaftsrechte, auf der anderen Seite der Schutz der Freiheit der Persönlichkeit, in dem auch ein Recht auf Erwerbsfreiheit enthalten sei, das in Gegensatz zu den

muß das DV gesehen werden und hier findet sich in der Tat der Ansatz zu seiner Konkretisierung. Das Merkmal der sachlichen Rechtfertigung ist - wenn auch nicht ausschließlich - bezogen auf das marktwirtschaftliche Ordnungsgefüge und die Rechtsinstitutionen, die diese Ordnung tragen, und empfängt von hier aus seinen Inhalt. Das differenzierende Verhalten ist daran zu messen, ob es mit Sinn und Zweck des von der Rechtsordnung geschützten Ordnungsgefüges der Wirtschaft und der von ihr gewährten Freiheiten, wie Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit als Teilinstitutionen der wirtschaftlichen Gesamtordnung in Einklang steht oder dagegen verstößt (4). Sachlich nicht gerechtfertigt ist m.a.W. das "institutionswidrige Verhalten" (5).

Herrschaftsrechten trete. So gliedert Fikentscher das Wettbewerbsrecht in das System des als Schutz subjektiver Rechte verstandenen Deliktsrechts ein. - Gegen ihn zutreffend Raiser aaO und Baumbach/Hefermehl Allg. I Anm. 60.

(4) Raiser Rechtsschutz und Institutionenschutz ... aaO S. 165 f., in diesem Sinne auch Mestmäcker JZ 1964, 441.

(5) so zum Mißbrauchsbegriff des GWB Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar zu § 22 Anm. 82 ff.; vgl. auch Rasch Kommentar zu § 22 Anm. 10: Mißbrauch ist "ein Verhalten, das im Rahmen einer Wirtschafts- und Sozialordnung, wie sie insbesondere das GWB erstrebt, keine Anerkennung finden kann." Gegen ihn, aber zu Unrecht Frankfurter Kommentar zu § 22 Tz 47, der die durch das GWB eingetretene Rechtsentwicklung ignoriert, indem er Mißbrauch mit Sittenverstoß gleichsetzt. - Zum Inhalt des Mißbrauchsbegriffs im GWB gut Christl BB 1960, 299 f.

§ 10 Sinngehalt der durch das GWB rechtlich verfaßten Wirtschaftsordnung

Der Sinngehalt des rechtlich verfaßten wirtschaftlichen Ordnungsgefüges soll - soweit es das Anliegen dieser Arbeit fördert - in groben Zügen umrissen werden.

I. Dabei kann es sich nicht darum handeln, aus der Verfassung des GG mehr oder weniger konkrete wirtschaftliche Grundrechte mit Verbindlichkeitscharakter für die Wirtschaftsgesetzgebung und den Wirtschaftsverkehr zu deduzieren[1]. Damit soll nicht etwa die Existenz der Grundrechte und ihre Bedeutung für die Wirtschaftsordnung geleugnet werden. Es mag hier der Hinweis genügen, daß das GG sich einer konkreten rechtlichen Gestaltung des Wirtschaftslebens enthält und der Wirtschaftsgesetzgebung einen sehr weiten Spielraum läßt, innerhalb dessen sie von ihren Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen kann, ohne die Grundrechte zu verletzen [2].

Die Verfassung setzt dem wirtschaftspolitisch planenden Gesetzgeber bestimmte Wertentscheidungen, die er zu berücksichtigen hat. Ein Gesetzgeber, der die Ordnung der Wirtschaft im Wege der Abschaffung des Privateigentums und der Ersetzung der Privatautonomie durch einen zentral gelenkten staatlichen Plan erreichen wollte, geriete in Konflikt mit der Verfassung. Durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie das Recht an der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG, das auch die Freiheit,

---

(1) Vorwiegend in dieser Richtung verlief die Diskussion um den Begriff der Wirtschaftsverfassung, obwohl Raiser Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem aaO S. 181 ff. bemüht war, ihn aus dem Bereich der Grundrechtsdeduktionen herauszuhalten und ihm einen mit sozialem und wirtschaftlichem Leben erfüllten Sinn zu geben. Vgl. aber Nipperdey Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz; E.R. Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I S. 20 ff.; vorsichtiger Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht aaO; gegen diese Versuche Ehmke S. 1 - 89.

(2) so auch BVerfGE 4, 7 (Investitutionshilfe-Urteil)

wirtschaftliche Beziehungen zu anderen Rechtsgenossen anzuknüpfen und zu gestalten, also die Vertragsfreiheit mitgewährleistet, wird die Planungsfreiheit des Wirtschaftspolitikers eingeschränkt. Seine gesetzlichen Lösungsvorschläge für die Wirtschaftsordnung müssen sie beachten, wenn sie sich im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegen sollen. Der Wirtschaftspolitiker muß also mit dem Wesensgehalt der verfassungsrechtlich garantierten Institutionen rechnen wie mit einem "Datenkranz" - um einen nationalökonomischen Begriff im übertragenen Sinne zu verwenden -, innerhalb dessen sich die konkrete Gestaltung der Wirtschaftsordnung nach den jeweilig herrschenden Wertvorstellungen und den politischen, gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Bedürfnissen richten kann. Die verfassungsrechtlichen Institutionen selbst sind nicht in allen ihren Elementen auf eine verewigte Erscheinungsform festgelegt. Sie unterliegen historischem Inhalts- und Bedeutungswandel. Der Gesetzgeber ist durch die Gesetzesvorbehalte ermächtigt, unter Beachtung ihres Wesensgehalts ihren Inhalt und ihre Schranken den jeweiligen politischen und sozialen Erfordernissen anzupassen (3).

II. Mit dem Normenkomplex des GWB unternimmt es der Gesetzgeber, einen Teil seiner wirtschaftspolitischen Gesamtkonzeption im Rahmen des GG rechtlich zu verwirklichen (4). Wer sich der Aufgabe widmet, den Wertgehalt des Gesetzes herauszuarbeiten, muß von der Ordnungsvorstellung der Freiburger Schule ausgehen, deren Vertretern die geistige Urheberschaft zu dem Gesetz letztlich zukommt (5).

Die Wissenschaftler dieser Schule (6) entwickelten aus empirisch gewonnenen Möglichkeiten des wirtschaftlichen Ablaufs bestimmte Idealtypen, an denen

---

(3) Raiser JZ 1958, 5; Biedenkopf Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung S. 144 ff. (151)

(4) vgl. zur Entstehungsgeschichte des GWB Lehnich Die Wettbewerbsbeschränkung S. 517 ff., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

(5) zur Bedeutung des Neoliberalismus für das GWB vgl. Behlke S. 47 ff., 84 ff., 149 ff.; Baumbach/Hefermehl Allg. I Anm. 44 ff.

(6) vgl. hierzu die angeführte Literatur von Eucken, Böhm, Miksch, Preiser, Röpke; zur Ordnungsvorstellung der Freiburger Schule zusammenfassend Böhm Die Idee des ORDO im Denken Walter Euckens

sie den jeweils charakteristischen Wirtschaftsablauf demonstrierten. So stellten sie das Modell der vollkommenen Konkurrenz als die Wirtschaftsform heraus, in der sich - nach wirtschaftlichen Maßstäben wie Leistungssteigerung, Wohlstandsmehrung und Erhöhung des Sozialprodukts beurteilt - der wirtschaftliche Koordinationsprozeß am besten vollzieht.

Dieses wirtschaftswissenschaftliche Anliegen wird aber durch ein ordnungspolitisches überlagert. Die Freiburger Schule strebt nach der Verwirklichung einer wertgebundenen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, deren Wertmaßstab die Würde des Menschen und die Idee der Freiheit ist. Die Einsicht, daß die Ordnung der Gesellschaft, des Staates, des Rechtes und der Wirtschaft wechselseitig aufeinander Einfluß ausüben, führte Eucken zu der Frage, wie die wirtschaftliche Ordnung gestaltet sein müsse , die in optimalem Maße wirtschaftliche Betätigungsfreiheit gewähre. Denn nur eine solche Ordnung sei wegen der Interdependenz der Ordnungen einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung und einer sozialen rechtsstaatlich-demokratischen Staatsverfassung adäquat (7). Hierzu glaubte Eucken feststellen zu können, daß beim Verwirklichen der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs ein "Optimum an ökonomischer Effizienz mit einem Optimum an wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit in Verbindung tritt" (8).

Damit war die Richtung für die gesetzgeberische Tätigkeit angegeben. Bei der Diskussion um das GWB wurde jedoch das ordnungspolitische Anliegen verdeckt durch den Meinungsstreit über Fragen volkswirtschaftlicher Opportunität; was Biedenkopf (9) zu der Feststellung berechtigte, die Dis-

---

(7) Eucken Grundsätze der Wirtschaftspolitik S. 123 ff.

(8) Griesbach BB 1962, 1012

(9) Biedenkopf Aktuelle Grundsatzfragen ... S. 28. - Der einseitige Verlauf der Diskussion in den an der Gesetzgebung beteiligten Gremien veranlaßt u.a. Benisch WuW 1961, 764 zu der Annahme, das GWB sei eine nur von wirtschaftlicher Opportunität bestimmte Regelung, die nicht den Schutz irgendwelcher Rechtswerte bezwecke. - Politische Auseinandersetzungen um Wirtschaftsgesetze pflegen heute weniger auf dem Felde der Werte als auf dem der Zweckmäßigkeit ausgetragen zu werden. Die Rechtsanwendung muß jedoch, wenn sie nicht dem wirtschaftspolitischen Meinungsstreit weiterhin hilflos ausgeliefert sein will, den durch eine vordergründige Diskussion verdeckten Ordnungs- und Wertgehalt eines Gesetzes offenlegen.

kussion um das GWB sei auf dem falschen Schlachtfeld ausgetragen worden. Wer Eucken, Böhm und ihre Anhänger lediglich mit dem Argument zu widerlegen sucht, die Marktform der vollkommenen Konkurrenz garantiere nicht den maximalen Erfolg einer Volkswirtschaft, hat sie sicher mißverstanden (10).

Bei der Entscheidung für die Wettbewerbswirtschaft gibt das Freiheitspostulat (11) den Ausschlag, das wegen der Interdependenz der Lebensordnungen auch im wirtschaftlichen Bereich wirksam ist. Zur Verwirklichung der wirtschaftlichen Freiheit ist der Wettbewerb eine erste Bedingung. Vom Staat verlangen diese Erkenntnisse die konsequente Durchführung einer positiven Wirtschaftsordnungspolitik, in der so viel Wettbewerb wie möglich (12) durchgeführt wird und Interventionen nur zum Zwecke der Förderung des Wettbewerbs und der Wettbewerbsfähigkeit getätigt werden (13).

---

(10) Die Wissenschaftler der Freiburger Schule sind an diesem Mißverständnis nicht ganz schuldlos. In der Auseinandersetzung mit der Wirtschaftspolitik des Laissez faire und der Zentralverwaltungswirtschaft gaben sie sich den Anschein, nachweisen zu wollen, daß in der von ihnen konzipierten Wettbewerbsordnung zwingend die größere wirtschaftliche Effizienz gewährleistet sei (Eucken aaO S. 112 ff.; Böhm Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung). Daß die Zentralverwaltungswirtschaft, deren wirtschaftliche Effizienz mit eine Frage ihrer Perfektion ist, nicht mit rein wirtschaftlichen Argumenten abgelehnt werden kann, hat Preiser S. 53 ff. dargelegt. Die Anhänger der Freiburger Schule setzten sich mit ihrer Argumentation selbst den Angriffen aus, die sie auf dem Felde reiner wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeitserwägungen widerlegen wollten.

(11) Eucken aaO S. 122 ff., 156; Preiser S. 57; Röpke S. 303 ff.

(12) Böhm Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft S. 38: "Wenn sich nun die praktische Politik das Ziel setzt, den Wettbewerb herzustellen und die Bildung von Marktmacht auszuschließen, so hat sie dabei nicht den Ehrgeiz, die Wirklichkeit genau nach dem Bilde des theoretischen Modells der doppelseitigen vollständigen Konkurrenz zu gestalten. Es genügt ihr, wenn es gelingt, auf jedem Markt so viel Wettbewerb oder Rivalität herzustellen, wie sich eben praktisch herstellen läßt."

(13) Eucken aaO S. 160 ff.; Griesbach BB 1962, 1012

Die Einwirkung der Interessentengruppen auf die Gesetzgebung (14) führten infolge verschiedenartiger Vorstellungen über die Zweckmäßigkeit wirtschaftsgesetzlichen Vorgehens zu einem Gesetz, dem alle Mängel eines Kompromisses anhaften. Bei allem wirtschaftspolitischen Zwist um das GWB ist aber das aus dem Menschenbild und dem Interdependenzdenken entspringende ordnungspolitische Anliegen der Gesetzesinitiatoren, durch Errichtung einer Wettbewerbsordnung einen Freiheitsbereich für den einzelnen am Wirtschaftsprozeß Beteiligten zu sichern, nicht beseitigt worden. Diese Grundsatzentscheidung für die Wirtschaftsordnung kommt auch im GWB in dem prinzipiellen Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen und in dem System wirtschaftlicher Machtkontrolle trotz aller Ausnahmevorbehalte, Inkonsequenzen und Unvollkommenheiten klar zum Ausdruck (15). Der Jurist hat sich bei der Auslegung an dem in dieser Wertentscheidung wurzelnden Sinngehalt des Gesetzes zu orientieren und sich nicht von den Versuchen beirren zu lassen, die von ihm durch ideologische Scheingefechte (16) oder interessengebundene Polemik (17) ablenken.

Dabei hat der Jurist den Kompromiß zwischen Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, den das Gesetz tatsächlich vollzieht (18), hinzunehmen und sich nicht dem Vorwurf der Befangenheit dadurch auszusetzen, daß er das Gesetz im Sinne eines wirtschaftstheoretischen Modells interpretiert, das der Gesetzgeber nicht realisieren wollte. Die Schwierigkeiten, die sich aus dem Nebeneinander wertgebundener wirtschaftlicher Ordnungspolitik und der durch ökonomische Zweckmäßigkeit bestimmten Entscheidungen, die dem ordnungspolitischen Ziel zuwiderlaufen, innerhalb des Gesetzes für die Auslegung ergeben, sind nicht von der Hand zu weisen. Der Interpret des Gesetzes, der auch um der Rechtssicherheit willen um die Eindeutigkeit der Auslegungsmaßstäbe besorgt sein muß, wird von der Erkenntnis auszugehen haben, daß das ordnungspolitische Bestreben, durch die Errichtung einer Wettbewerbs-

---

(14) vgl. hierzu Behlke S. 158 ff.; Lehnich Die Wettbewerbsbeschränkung S. 560 ff., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung S. 3 ff.

(15) Günther GRUR 1958, 575 ff.

(16) wie Ottel aaO

(17) wie Sölter "Nach fünf Jahren Kartellgesetz" Eine kritische Würdigung aus der Sicht der Industrie - im Handelsblatt vom 25./26. Januar 1963 Nr. 17

(18) Günther MA 1961, 273

ordnung einen Freiheitsraum auch in der Wirtschaft zu sichern, innerhalb des Gesetzes dominiert (19).

In dieser Auffassung wird der Gesetzesanwender auch durch die Struktur des Gesetzes bestärkt, das vom Verbot der Wettbewerbsbeschränkungen ausgeht und sie nur als begrenzte Ausnahmen zuläßt. Diejenigen, die von ihnen Gebrauch machen, werden unter Mißbrauchskontrolle gestellt und in ihren Verhaltensweisen beschränkt (20). Daraus ist zu schließen, daß der Gesetzgeber überall dort, wo er nicht ausdrücklich in Form kontrollierter Ausnahmen wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen den Vorrang vor dem ordnungspolitischen Ziel des Gesetzes einräumte, soviel Wettbewerb wie möglich realisieren will, wobei er um des Optimums an wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit willen auf die Maximierung materiellen Wohlstandes verzichtet (21). Betrachtungen über die ökonomische Opportunität wettbewerbsrechtlich relevanten unternehmerischen Verhalten sind grundsätzlich überall dort zu unterlassen, wo ihnen der Gesetzgeber nicht ausdrücklich durch die gesetzlichen Ausnahmen Anerkennung verschaffte (22).

---

(19) Biedenkopf Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung S. 152 ff.

(20) Christl BB 1960, 298

(21) Griesbach BB 1962, 1015; Tätigkeitsbericht 1958 S. 7: "Wer die individuelle Freiheit als unantastbares menschliches Gut ansieht, wird eine Ordnung der Gesellschaft anstreben, die es dem Menschen erlaubt, als freies Individuum zu leben; im Bereich des Ökonomischen muß er den Wettbewerb bejahen und zwar konsequenterweise auch dann, wenn ihm persönlich der freie Wettbewerb materielle Nachteile und der beschränkte Wettbewerb materielle Vorteile bringen würde."

(22) vgl. auch Steindorff in Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung aaO S. 73 f. - Dort, wo ökonomische Fakten in die rechtliche Betrachtung einbezogen werden müssen, ist der Rechtssicherheit durch eine Beschränkung der für die Urteilsbildung relevanten Faktoren Rechnung zu tragen (vgl. Steindorff Zweckmäßigkeit ... S. 30 ff.).

§ 11 Wettbewerb im Sinne des GWB

Was unter Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB zu verstehen ist, ist im Schrifttum kontrovers. An dieser Frage kann man hier nicht ganz vorbeigehen. Denn auch das differenzierende Verhalten marktmächtiger Unternehmer kann zum Zwecke des Wettbewerbs erfolgen und aus diesem Grunde seine sachliche Rechtfertigung empfangen.

Im Modell der vollkommenen Konkurrenz spricht man von Wettbewerb, wenn der einzelne Anbieter oder Nachfrager den Preis als Datum aus dem Markt nimmt und nicht damit rechnet, denselben beeinflussen zu können [1]. Kriterium dieser Begriffsbestimmung ist also die vollständige Einflußlosigkeit der Wettbewerber.

Gegen diesen Wettbewerbsbegriff, auf den noch die Begründung zum Entwurf des GWB zurückgegriffen hatte [2], wird von Borchardt-Fikentscher[3] mit Recht eingewandt, er komme praktisch im Rechtsleben nicht vor. Der Praktiker spreche gerade dann von Wettbewerb, wenn der einzelne Anbieter oder Nachfrager die Bedingungen, unter denen er verkauft oder kauft, beeinflussen könne und sie gerade nicht als gegeben vom Markt nehme; wenn er sich also in der Lage glaube, Absatzpolitik treiben und die Marktverhältnisse beeinflussen zu können. Dieser Wettbewerb entspreche wirtschaftstheoretisch der "monopolistischen Konkurrenz unter wenigen". Borchardt - Fikentscher definieren daher: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftsleben beeinflussender Anbieter und Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen"[4].

Meyer-Cording [5] gesteht zwar zu, daß die so beschriebene Konkurrenz

---

(1) Eucken Die Grundlagen der Nationalökonomie S. 101

(2) Begründung zum Regierungsentwurf S. 21 f.

(3) Borchardt/Fikentscher S. 4 ff., 10 ff.; Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 35 ff.; zum Wettbewerbsbegriff auch Knöpfle WuW 1962, 159 ff. Lutz aaO S. 30 ff.; Meyer-Cording WuW 1962, 461

(4) aaO S. 15

(5) WuW 1962, 461

in der Praxis vorherrsche und besonders wirksam sei (6). Zu Recht beharrt er aber auf einer genauen Unterscheidung zwischen Wettbewerb als Verhalten und zwischen der Marktform Wettbewerb als Folgeerscheinung dieses Verhaltens. Man verlange von den Kartellbehörden die schwierige Feststellung des oligopolistischen Marktcharakters, wenn man die Wettbewerbsdefinition mit Begriffen der Marktformenlehre belaste. Unter Eliminierung aller Elemente der Marktformenlehre ("sich gegenseitig beeinflussen") sowie der Bewertung ("Inaussichtstellen günstiger Geschäftsbedingungen") bestimmt Meyer-Cording den wirtschaftlichen Wettbewerb als "ein Verhalten, betätigt durch Handlungen (oder Unterlassungen), mit denen mehrere Rivalen um die Wette das gleiche Ziel anstreben, ihren auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern" (7).

Die Diskussion um den Wettbewerbsbegriff, die sicher noch nicht abgeschlossen ist, hat immerhin eins verdeutlicht: Das Recht muß den Wettbewerbsbegriff nicht als Modellfigur sondern - zunächst neutral - als Phänomen der Wirtschaftspraxis auffassen. In der Praxis vollzieht sich der Wettbewerb auch in Form der Absatzpolitik und der Marktstrategie. Diese Wettbewerbsformen, bei denen die Unternehmen ihre wirtschaftliche Macht einsetzen, werden vom Recht nicht grundsätzlich mißbilligt. Die Frage, wo die Grenze zwischen zulässigem und unzulässigem wettbewerblichen Verhalten liegt, ist von Fall zu Fall unter Zugrundelegung der Bewertungsmaßstäbe des UWG und des GWB zu entscheiden. Dabei reichen Unterscheidungen wie zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb, sowie zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb nicht aus, um die positive oder negative Bewertung einer Wettbewerbshandlung durch das Recht abschließend zu beantworten (8).

---

(6) aaO S. 468

(7) aaO S. 462

(8) Baumbach / Hefermehl Einl. UWG Anm. 67 ff.;
Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 114 ff.;
Mestmäcker Das marktbeherrschende Unternehmen ...
S. 17 ff.

FÜNFTES KAPITEL

§ 12 Das Problem der sachlichen Rechtfertigung

I. Die Zweckbestimmung des DV, die Institutionen der Wettbewerbsordnung zu schützen, liefert uns keine Formel für seine Auslegung. Eine unterschiedliche Behandlung ist nicht schon dann unzulässig, wenn durch sie der Wettbewerb - sei es der gleich- oder der nachgeordneten Stufe des differenzierenden Unternehmens - beschränkt wird. Denn obwohl eine Differenzierung regelmäßig die Marktstellung des Betroffenen tangiert und ihn in seiner wettbewerblichen Freiheit beschränkt, gibt es eine Fülle von unternehmerischen Belangen, die die diskriminierungsfähigen Unternehmen zur unterschiedlichen Behandlung berechtigen können. Dies wird schon deutlich, wenn man sich das anfangs aufgeführte Fallmaterial vergegenwärtigt.

So können Eigenschaften des Geschäftspartners auch für den marktmächtigen Unternehmer den Abbruch der Geschäftsverbindung geboten erscheinen lassen. Ferner können Differenzierungen auf Initiativen beruhen, die einer Verbesserung der Marktposition vorgeschaltet sind und damit mittelbar anstreben, den auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern, also Wettbewerb zu treiben. Hierzu zählen Absatzbeschränkungen zum Zwecke der Vertriebsrationalisierung und Kostenersparnis. Auch ist dem marktmächtigen Unternehmer nicht grundsätzlich untersagt, Wettbewerbsvorteile, die aus dem goodwill eines Unternehmens resultieren, wahrzunehmen und z.B. durch selektiven Verkauf noch zu verstärken. Dies gilt vor allem auf dem Gebiet der Preisbindung, wo der Gesetzgeber im Interesse des Markenschutzes weitgehende Monopolisierungen zuläßt. Es ist schließlich nicht der Sinn des DV, Inhaber von Marktmacht im Markt völlig manövrierunfähig zu stellen. Denn auch sie sehen sich häufig einem - wenn auch beschränkten - Wettbewerb gegenüber und müssen sich veränderten Markt- und Kostensituationen anpassen können.

Die Beantwortung der Frage, wann eine unterschiedliche Behandlung einen unzulässigen Eingriff in die Wettbewerbsordnung darstellt, hängt zu einem gewissen Grad von der Intensität ihrer Auswirkung auf die Marktverhältnisse ab.

Das DV stellt daher die Aufgabe, die unendlich vielfältigen Marktverhältnisse zu berücksichtigen. Dabei ist neben dem Machtgrad des diskriminierungsfähigen Unternehmens auch die Stellung der Unternehmer auf der Marktgegenseite in die Betrachtung einzubeziehen. Befindet sich der Markt in der Form eines bilateralen Monopols oder Oligopols, so sind Differenzierungen weniger wettbewerbsschädlich, als wenn einige Großunternehmen als Anbieter einer Nachfrage vieler kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüberstehen, die untereinander heftig konkurrieren (1). In den letzteren Fällen wirkt sich eine marktstrategischen Zwecken dienende Lieferverweigerung erheblich intensiver auf die Wettbewerbsfähigkeit des Betroffenen aus. Für die juristische Betrachtung erscheint es einstweilen noch verfrüht, allgemeine Regeln darüber aufzustellen, unter welchen Marktbedingungen welche Differenzierungen zulässig oder unzulässig sind.

Dennoch befreit uns die Zweckbestimmung des DV, die Institutionen der Wettbewerbsordnung zu schützen, aus der Verlegenheit, völlig maßstablos an die einzelnen Diskriminierungsfälle herangehen zu müssen. Denn außer der grundsätzlichen Entscheidung für den Wettbewerb bietet das GWB dort, wo es zwar Wettbewerbsbeschränkungen zuläßt, diese aber einer Mißbrauchskontrolle unterstellt, einige Anhaltspunkte, die den Mißbrauchsbegriff des GWB konkretisieren. So ist vor allem der auch in § 5 Abs. 2 GWB zum Ausdruck kommende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sowie das in § 3 Abs. 1 GWB bestimmte Erfordernis der Leistungsgerechtigkeit von Rabattdifferenzierungen auch für die Frage heranzuziehen, welche Differenzierungen mißbräuchlich, d.h. sachlich ungerechtfertigt sind.

Demnach lassen sich für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der sachlichen Rechtfertigung vorweg folgende Grundsätze aufstellen, die anschließend in der Auseinandersetzung mit dem Fallmaterial verdeutlicht werden sollen:

1.) Sachlich nicht gerechtfertigt sind Differenzierungen, die lediglich oder überwiegend darauf abzielen, den Wettbewerb zu beschränken.
Hierzu zählen alle unterschiedlichen Behandlungen, die die Schließung der Märkte bezwecken, m.a.W. den freien Zugang zum Markt zu behindern suchen. Dies folgt aus der grundsätzlichen Entscheidung des GWB für den Wettbewerb.

---

(1) Mestmäcker JZ 64. 445

2.) Eine restriktive Absatzpolitik, die darauf gerichtet ist, die mit dem goodwill eines Unternehmens verbundenen Wettbewerbsvorteile auszunutzen, ist Preisbindern gestattet. Dies ist eine Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung, die gerade auf diesem Gebiet Monopolisierungen ermöglicht und sogar sanktioniert. Das gewählte Absatzsystem muß aber in sich folgerichtig sein, um Differenzierungen rechtfertigen zu können. Weiterreichende Zwecke, wie die Gestaltung der Wettbewerbsverhältnisse der nachgeordneten Handelsstufen, dürfen auch von Preisbindern nicht verfolgt werden.

3.) Differenzierungen, die eine Kostenersparnis oder eine Absatzrationalisierung bezwecken, können zulässig sein, wenn die erzielte Kostenersparnis oder der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der durch sie herbeigeführten Wettbewerbsbeschränkung steht.

4.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beinhaltet auch das Gebot des schonendsten Mittels. Eine der Wahrnehmung berechtigter geschäftlicher Interessen dienende Differenzierung, die den Wettbewerb beschränkt, ist dann unzulässig, wenn dem Unternehmer andere Mittel zu Gebote stehen, mit denen er den angestrebten Zweck auch erreichen kann, die den Wettbewerb nicht oder weniger beschränken.

5.) Differenzierungen in Preisen und Rabatten, denen keine Leistungen gegenüberstehen, sondern die eine Beteiligung an der wettbewerbsbeschränkenden Marktpolitik eines diskriminierungsfähigen Unternehmens vergüten, sind sachlich nicht gerechtfertigt. Ebenso sind Rabattdifferenzierungen unzulässig, die dazu dienen, die Absatzwege auf ihrem derzeitigen Entwicklungsstand festzuhalten.

6.) Unterschiedliche Preisgestaltungen sind sachlich gerechtfertigt, wenn sie der Anpassung an unterschiedliche Kosten- und Wettbewerbssituationen dienen.

II. 1.) Bei den Verkaufsverweigerungen, die mit persönlichen Eigenschaften des vom Bezug Ausgeschlossenen begründet werden, scheint es sich - von der Seite des Ausschließenden aus gesehen - zunächst nicht um wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen zu handeln. Der Ausgeschlossene aber pflegt im Wettbewerb zu stehen. Eine unterschiedliche Behandlung trifft ihn daher notwendig in seiner wettbewerblichen Freiheit. Dies ist bei der Frage, welche persönlichen Gründe sachlich rechtfertigen, zu berücksichtigen.

Um an die Eigenschaften einer Person anknüpfenden Gründen sachlich rechtfertigende Wirkung für eine Differenzierung zusprechen zu können, ist zu verlangen, daß die Eigenschaften der Person in einer Beziehung zu dem Geschäftsvorgang stehen, hinsichtlich dessen die unterschiedliche Behandlung erfolgt, und daß sie geeignet sind, den Geschäftsvorgang für denjenigen, der unterschiedlich behandelt, nachteilig zu beeinflussen. In diesem Zusammenhang sind mangelnde Kreditwürdigkeit und mangelnde geschäftliche Zuverlässigkeit zu nennen. Erfüllt der Abnehmer nicht die Mindestanforderungen, die an die geschäftliche Zuverlässigkeit eines Unternehmers zu stellen sind, so verdient er keinen Schutz seiner wettbewerblichen Freiheit. So ist gegenüber demjenigen, der eine Ware laufend unsachgemäß behandelt oder lagert, so daß sie beschädigt oder verdorben an den Verbraucher gelangt, der Ausschluß von weiterer Belieferung berechtigt. Dagegen können Vorkommnisse aus dem Privatleben oder internen Geschäftsbereich des Kunden, die keinerlei Rückschlüsse auf seine Vertrauenswürdigkeit als Vertragspartner zulassen, nicht zum Anlaß einer Verkaufsverweigerung genommen werden.

Es wird in dieser Fallgruppe nicht immer leicht sein, den wahren Grund einer Differenzierung hinter einem Vorwand zu erkennen. Aus der Vorgeschichte des Gesangbuchfalls (2) erhellt, daß die Zerwürfnisse, die zur Lieferverweigerung führten, anfänglich aus der Weigerung der Buchbinderei herrührten, die vom Gesangbuchverlag vorgeschriebenen Preise einzuhalten. Verfolgt eine Verkaufsverweigerung offensichtlich primär den Zweck, einen Kunden, der sich einer auch auf den nachgeordneten Markt erstreckenden unzulässigen Preispolitik eines Monopols widersetzt, gefügig zu machen, so kann sie unzulässig sein, auch wenn sie mit objektiv vorliegenden persönlichen Verhältnissen des Kunden begründet wird.

---

(2) BGHZ 19, 72 = WuW/E BGH 127

Je intensiver der wettbewerbsbeschränkende Effekt der Differenzierung ist, desto strengere Anforderungen sind an die persönlichen Gründe zu stellen, wenn sie als sachlich rechtfertigend qualifiziert werden sollen. Der Aufbau neuer Unternehmen auf der vorgeordneten Stufe darf nicht dadurch blockiert werden, daß sie unter Hinweis auf mangelnde Kreditwürdigkeit von der Warenzufuhr abgeschnitten werden. Befinden sich die Neubewerber wegen der im Aufbaustadium benötigten Finanzierungsmittel noch in Liquiditätsschwierigkeiten, so sollte ihnen die Möglichkeit gegeben werden, den Einwand mangelnder Kreditwürdigkeit durch Sicherheitsleistung an den Lieferanten zu entkräften. Diese Überlegung rechtfertigt sich aus dem Ziel des Gesetzes, den Wettbewerb zu ermöglichen und Beschränkungen wettbewerblicher Freiheit nicht über das notwendige Maß hinaus zu dulden. Von Lieferantenseite aus gesehen ist es sachlich gerechtfertigt, von Kunden, deren Zahlungsfähigkeit unsicher ist, Sicherheitsleistungen zu fordern, die von anderen Kunden nicht verlangt werden. Dies ist im Vergleich zur Verkaufsverweigerung das schonendere Mittel, das auch den Sicherheitsbedürfnissen der Lieferanten gerecht wird.

2.) Die Auswertung der Fallgruppe, in der Geschäftsverweigerungen der Realisierung oder Umorganisation von Vertriebssystemen der Preisbinder dienen, hat von der Tatsache auszugehen, daß ein unbeschränkter Kundenkreis nicht immer das Ideal des im Wettbewerb stehenden Unternehmers ist (3).

Der Wettbewerb zwischen den Unternehmen spielt sich nicht nur hinsichtlich der Preise, Rabatte und Konditionen ab. Daneben gibt es auch eine Konkurrenz der Absatzwege. Diese Konkurrenz entscheidet zwar - ebensowenig wie der Reklamewettbewerb - nicht über die Leistungen des Unternehmens sondern nur über die Zweckmäßigkeit der Absatzorganisation. Mit der Wahl des Absatzweges betätigen die Unternehmen ihr Streben, ihren auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern. Auch das ist eine Form des Wettbewerbs, den das GWB nicht grundsätzlich unterbinden will. Eine Vertriebsrationalisierung hat in der Regel eine Kostenminderung zur Folge, die in Form einer Preissenkung auch dem Verbraucher zugute kommen kann. - Andererseits ist zu bedenken, daß der Wettbewerb der vorgeordneten Wirtschaftsstufe durch die Ausschaltung einzelner Abnehmer erheblich eingeschränkt werden kann.

---

(3) zum folgenden Rittner MA 1958, 197

In dieser Fallgruppe ist zu unterscheiden (4):

1.) Die Absatzbeschränkung nach der Funktion des Abnehmers. Beispiel: Ein Hersteller liefert nur an Angehörige der Großhandels- oder Einzelhandelsstufe.

2.) Die Absatzbeschränkung nach dem Typ des abnehmenden Unternehmens. Beispiel: Ein Unternehmer vertreibt seine Ware ausschließlich über Fachgeschäfte, Apotheken, Drogerien oder Unternehmen mit bestimmter Umsatzhöhe. Hier wird eine Auszahl zwischen den Unternehmen einer bestimmten Handelsstufe getroffen.

3.) Die Absatzbeschränkung nach Maßgabe der vom Lieferanten subjektiv bestimmten "Eignung" des Abnehmers für den Vertrieb. Hierher gehört der Vertrieb über autorisierte Verkaufsstellen. Die Beschränkung beruht nicht wie bei den ersten Formen auf objektiven Kriterien sondern auf der für den Einzelfall getroffenen Entscheidung des Lieferanten.

Die drei Formen der Absatzbeschränkung können auch miteinander verbunden werden. Beispiel: Ein Unternehmen beliefert nur ausgewählte Großhändler oder ausgewählte Fachgeschäfte des Einzelhandels.

a.) Unproblematisch sind die Fälle, in denen ein Hersteller auf die Einschaltung einer Handelsstufe in den Vertriebsweg verzichtet. Er kann die Verteilung seiner Waren an den Einzelhandel dem Großhandel überlassen, ohne selbst in direkten geschäftlichen Kontakt zum Einzelhandel zu treten. Aber auch wenn ein Hersteller seine Erzeugnisse direkt über den Einzelhandel vertreibt, so liegt darin keine Diskriminierung des Großhandels. Hier fehlt es für den Regelfall schon am Merkmal der Gleichartigkeit, denn Großhandelsunternehmen sind gegenüber denen des Einzelhandels ungleichartig. § 26 Abs. 2 eröffnet dem Großhandel keinen Anspruch auf Einschaltung in den Vertriebsweg.

Das GWB bezweckt keine Zementierung der traditionellen Vertriebswege und keinen Schutz der Handelsstufen. Dem Hersteller steht es frei, vom üblichen Vertriebsweg abzuweichen und den Zwischenhandel zu überspringen (5).

---

(4) Unterscheidungen nach Rittner aaO

(5) Benisch im Gemeinschaftskommentar zu § 26 Anm. 52

Aus dem gleichen Grunde werden die Adressaten des DV nicht gezwungen, bestimmten Handelsstufen einen Funktionsrabatt zu gewähren. § 26 Abs. 2 enthält seinem Wortlaut nach kein Gebot der ungleichen Behandlung von Ungleichem (6). Eine Auslegung in diesem Sinne widerspricht auch der Einstellung des Gesetzes, die Absatzwege nicht auf ihrem derzeitigen Entwicklungsstand festhalten zu wollen (7).

Das BKartA (8) fordert aber, daß eine Umstellung des Vertriebs auf den Einzelhandel unter Ausschaltung des Großhandels zügig vorgenommen wird. Es soll damit verhindert werden, daß einzelnen Großhändlern dadurch Wettbewerbsvorteile verschafft werden, daß sie länger in den Vertrieb eingeschaltet bleiben und so in den Kundenkreis des schon Ausgeschlossenen eindringen können.

b.) Schwieriger ist die Frage der Zulässigkeit von Absatzbeschränkungen, die an den Typ des abnehmenden Unternehmens anknüpfen. Die Motive für ein solches Vorgehen sind äußerst vielgestaltig. So kann der Unternehmer ein Interesse daran haben, einer Umsatzzersplitterung mit ihren nachteiligen Auswirkungen für Absatzhöhe und Vertriebskosten entgegenzuwirken; oder er will die Ware entsprechend dem Inhalt einer Qualitätsgarantie an den Verbraucher gelangen lassen, sowie beim Verkauf der Ware besondere Beratung und bei deren Benutzung Reparaturdienst und andere Arten des Service gewährleisten.

Alle diese aus dem wettbewerblichen Streben billigenswerten Gründe bedürfen jedoch in jedem Einzelfall der Substantiierung. Ist wirklich der Handel in dem betreffenden Fachzweig übersetzt, so daß der Ausschluß einzelner Händler einer Umsatzzersplitterung entgegenwirkt? Ist die Einhaltung einer Qualitätsgarantie durch die Einschaltung bestimmter Händler gefährdet? Bedarf die Ware überhaupt intensiver Beratung, besonderer Wartung oder eines

---

(6) Ein solches Gebot wäre auch praktisch nicht durchführbar. Man würde Gerichten und Kartellbehörden die Feststellung zumuten, was einem Unternehmer die Leistung einer Funktionsstufe im Rahmen seiner Absatzpolitik wert ist. Vgl. Koenigs GRUR 1959, 580

(7) a.A. Gentz WuW 1961, 605; Köhler BB 1959, 690 f., die aber beide von der irrigen Auffassung ausgehen, das GWB bezwecke einen Schutz der Handelsstufen.

(8) Tätigkeitsbericht 1961, S. 35.

Kundendienstes, die der ausgeschlossene Händler nicht erfüllen könnte? (9)

Im Fall der Weigerung des Zeitschriftenverlags, einen der beiden für ein Verkaufsgebiet zuständigen Grossisten weiterzubeliefern (10), tritt die Frage, welche konkreten betriebswirtschaftlichen Gründe zum Ausschluß des Händlers führten, in der Urteilsbegründung hinter Erwägungen allgemeiner Art zurück. Das Vorliegen eines sachlichen Grundes hätte durch den Nachweis dargelegt werden können, daß die durch die Absatzbeschränkung eingesparten Kosten auf die Dauer gesehen den aus der Geschäftsverbindung gezogenen Gewinn übersteigen würden oder daß die Konzentration des Vertriebs auf einen Abnehmer eine Absatzsteigerung erwarten ließe. Auch in dem vom LG Köln (11) entschiedenen Fall der Beschränkung des Kundenkreises durch einen Fotoartikelhersteller verlangt das Gericht keine Substantiierung der vorgetragenen geschäftspolitischen Gründe, obwohl es auf die Relevanz von Vertriebs- und Verwaltungskosten allgemein hinwies.

Ebenso läßt der Beschluß des BKartA (12) betr. Kindernährmittel ausreichende tatsächliche Feststellungen vermissen, die auf eine unrationelle Auftragszersplitterung bei Belieferung des Lebensmitteleinzelhandels schließen lassen. Das Argument, der Konsumentenkreis sei "von der Natur der Sache her beschränkt" und der Konsum könne daher auch nicht durch Erweiterung der Verkaufsstellen erhöht werden, überzeugt nicht. Der Konsumentenkreis läßt sich hinsichtlich vieler Produkte statistisch begrenzen. Mit einem bestimmten Konsumentenkreis ist aber der Konsum selbst noch nicht festgelegt. Er kann durch geschickte Bedarfsweckung und Absatzpolitik erhöht werden. Einige Kindernährmittelhersteller versprechen sich - wie zu beobachten ist - gerade durch den Vertrieb über den gesamten Lebensmitteleinzelhandel einschließlich der Supermärkte eine Absatzsteigerung.

---

(9) Werden die letztgenannten Gründe üblicherweise von den Herstellern einer Branche zum Anlaß genommen, einen bestimmten Vertriebsweg einzuhalten, so gehört dieses Verhalten auch in den Fragenkreis des üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs. Hier geht es um die Zulässigkeit der Wahl einer Absatzorganisation, die nicht bereits durch die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs gerechtfertigt ist.

(10) WuW/E OLG 286

(11) WuW/E LG/AG 150

(12) WuW/E BKartA 497

In den Fällen, in denen die Belieferung eines Händlers von einem Mindestumsatz abhängig gemacht wird (13), liegt die Schlüsselfrage in den Kosten. Ist die Belieferung eines Händlers wegen des geringen getätigten Umsatzes unrentabel, so ist sein Ausschluß sachlich gerechtfertigt. Jedoch darf die Höhe des geforderten Mindestumsatzes nicht willkürlich ohne Relation zu den durch die Belieferung mittelbar und unmittelbar verursachten Kosten festgesetzt werden. Andernfalls könnten die diskriminierungsfähigen Unternehmen das Eindringen neuaufkommender Unternehmen in den vorgeordneten Markt hindern. Das GWB strebt an, im Interesse des Wettbewerbs die Märkte offen zu halten und die Schließung der Märkte durch private Machtträger zu verhindern. Daher sollte auch im Aufbau befindlichen Unternehmen ein Bezugsanspruch dann zugebilligt werden, wenn sie glaubhaft machen, daß sie den auch für den Lieferanten gewinnbringenden Mindestumsatz in naher Zukunft erreichen werden (14).

Die Frage, ob einer Ware im Rahmen des Vertriebs über einen Selbstbedienungsgroßhändler die notwendige sachgemäße Behandlung zuteil werde, hat das OLG Düsseldorf (15) im Fall der Lieferungsverweigerung eines Schokoladenherstellers bejaht. Auch lag nach Ansicht des Gerichts kein Erfordernis einer besonderen Beratung der Kundschaft vor. Auf diese Gründe konnte daher die Absatzbeschränkung nicht gestützt werden.

Das BKartA (16) prüft im Fall des Ausschlusses des Verhandhandels durch ein Unternehmen der Fotoindustrie mit Recht, ob die Absatzpolitik eines Unternehmers in sich folgerichtig ist oder ob sie Abweichungen aufweist, die nur als differenzierende Maßnahmen zum Zweck der Wettbewerbsbeschränkung auf dem vorgelagerten Markt erklärt werden können. Der Begründung des Ausschlusses als protektionistische Maßnahme für den mittelständischen Fachhandel sprach das BKartA die sachliche Rechtfertigung ab. Dem ist zuzu-

---

(13) WuW/E LG/AG 179; Tätigkeitsbericht 1961, S. 28

(14) sowohl auch das BKartA, das im Tätigkeitsbericht 1961, S. 28 darauf hinweist, daß im konkreten Fall der Anzeigeerstatter den Mindestumsatz auch in Zukunft nicht erreichen werde.

(15) WuW/E OLG 381

(16) WuW/E BKartA 397 - Benisch aaO Anm. 52 meint, das Interesse eines Herstellers an der Erhaltung des mittelständischen Fachhandels sei sachlich rechtfertigend.

stimmen. Die Unternehmen sind nicht kompetent, mittels ihrer Marktmacht ihren wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen Geltung zu verschaffen.

c.) Ist die Eignung der ausgewählten Kunden nicht indiziert durch objektive Kriterien, so ist zu prüfen, ob die nach den subjektiven absatzpolitischen Vorstellungen eines Unternehmens vorgenommene Autorisierung bestimmter Verkaufsstellen für den Vertrieb unter Ausschluß anderer sachlich gerechtfertigt ist. Die Gründe für diesen selektiven Verkauf liegen häufig darin, daß sich der Hersteller durch die Auswahl spezieller Geschäfte eine werbende Wirkung für den Absatz seiner Erzeugnisse verspricht. In diesem Zusammenhang läßt sich auch die Absatzbeschränkung des Herstellers von Kindernährmitteln auf Apotheken und Fachdrogerien sachlich rechtfertigen. Der Hersteller hofft damit, den Verbraucher anzusprechen, der durch den Einkauf in der Apotheke oder Drogerie glaubt, am besten für das Gedeihen seines Kindes zu sorgen. - Der Hersteller hochwertiger Kosmetika will durch die Auswahl der hinsichtlich des Kundenkreises besonders geeigneten Geschäfte den Prestigebedürfnissen bestimmter Gesellschaftsschichten entgegenkommen und so seinen Absatz steigern. Auch verspricht er sich von denen, die er mit dem ausschließlichen Vertrieb betraut, einen besonderen Einsatz beim Verkauf seiner Artikel.

Auch diese Form der "Selbstbeschränkung" im Absatz ist Preisbindern durch das DV nicht grundsätzlich untersagt. Hier liegt aber die Grenze des Bereiches, wo willkürliche Unterscheidungen getroffen werden, besonders nahe. Es läßt sich nicht hinsichtlich jeder Ware eine vorgenommene Differenzierung aus diesen oder ähnlichen absatzpolitischen Erwägungen überzeugend begründen. Auch ist zu verlangen, daß die Unternehmen sämtliche Händler beliefern, die nach dem Prinzip des von ihnen gewählten Vertriebssystem als Kunden in Betracht kommen. So ist es auch unter diesem Aspekt unzulässig, wenn ein Fabrikant von Filmen, der seine Erzeugnisse nicht nur über den Fachhandel sondern auch über Kaufhäuser und Automaten absetzt, den Versandhandel vom Bezug ausschließt (17).

---

(17) WuW/E BKartA 397; Mestmäcker WuW 1957, 98: "Durchbricht ein Unternehmen die von ihm selbst geschaffenen Restriktionen und erkennt damit an, daß eine expansive Absatzpolitik wirtschaftlich zweckmäßig ist, dann ist es gerechtfertigt, das Unternehmen an diesem von ihm selbst geschaffenen Wettbewerbstatbestand festzuhalten."

d.) Die Ausführungen zur Zulässigkeit von Differenzierungen aus Gründen der Absatzpolitik beziehen sich inhaltlich nur auf preisbindende Unternehmen. Hinsichtlich der Lieferverweigerungen von Kartellen und Marktbeherrschern sind wesentlich strengere Maßstäbe anzulegen (18). Von ihnen steht in weit größerem Ausmaß zu befürchten, daß die Geschäftsverweigerung eine Wettbewerbsbeschränkung auf den benachbarten Wirtschaftsstufen oder gegenüber Konkurrenten bezweckt als von Preisbindern, die durch die Absatzbeschränkung häufig einem bestehenden Wettbewerbsdruck begegnen wollen (19). Eine von Marktbeherrschern und Kartellen praktizierte restriktive Absatzpolitik hat in der Regel eine wesentlich intensivere Wettbewerbsbeschränkung auf dem nachgeordneten Markt zur Folge. Bei ihnen werden es im wesentlichen nur Fragen der Kosten sein können, die für die Berechtigung einer Verkaufsverweigerung maßgebend sind.

---

(18) Für eine nach dem Grad der Marktmacht abgestufte Beurteilungsmethode: Rasch Kommentar zu § 26 Anm. 6; Mestmäcker Das marktbeherrschende Unternehmen ... S. 19; Fikentscher WuW 1958, 264; Baumbach / Hefermehl zu § 26 GWB Anm. 45; WuW/E OLG 233; widersprüchlich Benisch aaO Anm. 49; dagegen Frankfurter Kommentar zu § 26 Tz 85: Die besondere Marktstellung sei der Grund dafür, daß Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen sonst allgemein zulässige willkürliche Unterscheidungen untersagt seien. Sie könne daher nicht zusätzlich der Grund dafür sein, daß bei Anwendung des DV besondere Maßstäbe anzulegen seien. - Daran ist richtig, daß es Differenzierungen gibt, deren mangelnde sachliche Rechtfertigung auf Grund von Maßstäben feststeht, die die Marktmacht nicht berücksichtigen; z.B. Unterscheidungen nach den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen. Andere empfangen ihren rechtlichen Unwert durch die Auswirkungen auf die Marktverhältnisse, die von Unternehmen ohne besondere Marktposition gar nicht ausgehen können. Diese Auswirkungen sind je häufiger und intensiver, je stärker die Marktmacht des Unternehmens ist, von dem die unterschiedliche Behandlung ausgeht. Daraus folgt der Zusammenhang zwischen Machtgrad und Differenzierungsrecht.

(19) Koenings GRUR 1958, 578 ff. (579)

3.) Durch das BGH-Urteil betr. "Originalersatzteile" (20) wird eine Streitfrage entschieden, die seit langem zwischen der Automobilindustrie und dem Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und -Zubehörhandel besteht: Wann ist aus zwingenden technischen Gründen oder aus Gründen des good will eines Unternehmens eine Bindung bezüglich der Reparatur eines Kraftfahrzeugs zulässig?

Der Bundeswirtschaftsminister hat im Jahre 1951 zu dieser Frage gutachtlich Stellung genommen (21): Er hat unterschieden zwischen Ersatzteilen, die für die Verkehrs- und Betriebssicherheit der Automobile wesentlich sind und solchen, von denen ein wesentlicher Einfluß auf die Verkehrs- und Betriebssicherheit nicht ausgeht. Für erstere sei die Ausschließlichkeitsklausel zulässig, für letztere nicht.

Möhring (22) hat in seinem im Jahre 1953 für das Volkswagenwerk erstatteten Gutachten den Begriff des "Originalersatzteils", der nach seiner Auffassung für die Zulässigkeit der Ausschließlichkeitsklausel maßgeblich ist, sehr weit gefaßt. Ihm sollten "alle Teile" unterfallen, "die für ein Automobil einer bestimmten Marke als Gesamtschöpfung maßgeblich und kennzeichnend, sowie für die Betriebs- und Verkehrssicherheit des Kraftfahrzeugs bestimmend sind und daher der Inspektion und Prüfung seitens der Automobilfabrik unterliegen."

Der Verlauf des Rechtsstreits, in dem der streitige Sachverhalt jetzt unter anderem auf seine Vereinbarkeit mit § 26 Abs. 2 hin geprüft wurde, spiegelt die beiden Auffassungen wider. Die Vorinstanz hatte im Sinne der gutachtlichen Äußerung des Bundeswirtschaftsministers entschieden, der BGH schloß sich im Ergebnis Möhring an. Der BGH versteifte sich jedoch nicht auf den Begriff des "Originalersatzteils" - der in diesem Zusammenhang eine verfehlte Zweckschöpfung ist - sondern kam zu seinem Urteil auf Grund einer Interessenabwägung.

Legt man den Schutzzweck des § 26 Abs. 2 zugrunde, so muß die entscheidende Frage lauten: Inwieweit ist es möglich, den Ersatzteilmarkt offenzu-

---

(20) WuW/E BGH 509 - Die Entscheidung ist v.a. bedeutsam für das Verhältnis zwischen § 18 und § 26 Abs. 2 GWB. Vgl. hierzu Schwartz im Gemeinschaftskommentar Anm. 49 und Arnold WuW 1960, 618

(21) WuW 1951/52, 135

(22) Möhring WuW 1953, 537 (546)

halten, ohne den Automobilhersteller in seinem wettbewerblichen Streben nach Geschäftsausweitung auf dem Automobilmarkt, das durch einen gut organisierten und zuverlässigen Kundendienst zweifellos begünstigt wird, unverhältnismäßig einzuschränken? Der Aufbau eines Kundendienstnetzes ist weitgehend eine Finanzierungsfrage und läßt sich auch ohne Ausschließlichkeitsbindung der Händler und Werkstätten vollbringen. Also geht es lediglich darum, die Zuverlässigkeit des Kundendienstes zu gewährleisten. Diese ist aber dann nicht durch den Einbau von Ersatzteilen, die nicht von der Automobilfabrik geliefert oder überprüft sind, gefährdet, wenn diese Ersatzteile die gleiche Qualität wie die "Originalersatzteile" besitzen. Als Kriterium bietet sich also an: Können die Wettbewerber der Automobilhersteller auf dem Ersatzteilmarkt Teile liefern, die der Qualität der "Originalersatzteile" entsprechen (23)?

Die Frage ist für diejenigen Teile positiv zu beantworten, die die Automobilfabrik nicht selbst herstellt wie z.B. Reifen, Zündkerzen, Blinkanlagen u.a., die aus einer für diese Erzeugnisse hochspezialisierten Industrie stammen und auch über die freien Reparaturwerkstätten miteinander konkurrieren. Aber auch hinsichtlich des üblichen Zierrats der Kraftfahrzeuge ist eine Bindung nicht anzuerkennen.

Soweit Einzelteile des Kraftfahrzeugs durch gewerbliche Schutzrechte der Automobilfabrik geschützt sind, stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Ausschließlichkeitsbindung gar nicht. Hier ist dem Hersteller kraft Gesetzes die ausschließliche Befugnis eingeräumt, diese Teile zu produzieren, feilzubieten und zu gebrauchen. Den Vertragshändlern und -werkstätten ist es daher auch ohne Ausschließlichkeitsbindung verwehrt, solche Teile ohne Einverständnis des Herstellers von Dritten zu beziehen (24).

Die Unterscheidung, die hiernach getroffen wird, deckt sich nicht mit der vom Bundeswirtschaftsminister vorgeschlagenen, die auch schwerlich praktikabel ist. Auch für Ersatzteile, die für die Betriebssicherheit unzweifelhaft wesentlich sind, wie gerade Zündkerzen und Bereifung, gibt es zahlreiche Konkurrenzprodukte, die qualitätsmäßig nicht so stark voneinander abweichen, daß bei ihrer Verwendung eine Beeinträchtigung der Betriebs- und Verkehrssicherheit zu befürchten wäre. Zum Schutze seines good wills bleibt es dem Automobilhersteller unbenommen, in zulässiger Weise diejenigen Teile zu

---

(23) wie hier schon Mestmäcker JZ 1954, 621 (625)

(24) so richtig BGH aaO 516

kennzeichnen, die von ihm geliefert oder überprüft sind [25] und für deren Verwendung zu werben. Der Konsument kann dann zwischen den so gekennzeichneten "Originalersatzteilen" und anderen Teilen wählen. Nur so läßt sich das Interesse der Automobilhersteller, den Ruf ihrer Erzeugnisse und ihres Kundendienstes zu wahren, mit den Grundsätzen einer Wettbewerbsordnung vereinbaren.

Daß auch die Betätigung an sich berechtigter Interessen nicht zu einer übermäßig intensiven Wettbewerbsbeschränkung führen darf, spricht das LG Düsseldorf [26] in der Entscheidung betr. "Gütezeichengemeinschaft" aus. Ein marktbeherrschendes oder preisbindendes Unternehmen oder ein Kartell hat zur Durchsetzung seiner geschäftlichen Interessen die Mittel anzuwenden, die den Wettbewerb so wenig wie möglich beschränken. Es ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder das Gebot des schonendsten Mittels, der hier - wie im vorhergehenden Fall - im Wettbewerbsrecht Geltung beansprucht [27].

4.) Leitender Gesichtspunkt der Fälle, in denen Unternehmen über den Zugang zu einem Geschäftsverkehr oder einer Veranstaltung verfügen und bestimmte Unternehmen davon ausschließen, ist der freie Zugang zum Markt als geschütztes Rechtsgut des GWB.

Im Zusammenhang mit der Entscheidung, in der eine AOK im Zusammenwirken mit einem Apothekerverein einem Apotheker den Geschäftsverkehr bezüglich der Kassenrezepte versagte [28], ist an das Apothekenurteil des BVerfG [29] zu erinnern. Hier hat das BVerfG das Institut der Berufsfreiheit des Art. 12 GG in einer Weise konkretisiert, die sich zwanglos in den Sinngehalt der vom GWB konzipierten Wirtschaftsordnung einfügt. Im Ergebnis wurde festgestellt, daß auf dem Gebiet des Apothekenwesens allein die Niederlassungsfreiheit, die eine Bedürfnisprüfung ausschließt, der gegenwärtigen

---

(25) so auch Mestmäcker aaO

(26) WuW/E LG/AG 94

(27) Köhler BB 1959, 690 - Dieser Grundsatz kommt auch in § 5 Abs. 2 u. 3 GWB zum Ausdruck: "Der Rationalisierungserfolg soll in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen."

(28) WuW/E LG/AG 116

(29) BVerfGE 7, 377 = JZ 1958, 472; hierzu Bachof JZ 1958, 468

Verfassungslage entspricht. Dieser institutionelle Gehalt der Berufsfreiheit ist auch - ohne die allgemeine Drittwirkung des Artikels 12 Abs. 1 GG anzuerkennen - für die Auslegung des DV heranzuziehen (30); das Vorgehen der AOK diente dazu, berufspolitischen Vorstellungen des Apothekerstandes Geltung zu verschaffen, die das BVerfG ausdrücklich für rechtlich unmaßgeblich hielt (31).

Der Grund des mangelnden Bedürfnisses ist nicht nur dort sachlich ungerechtfertigt, wo auf ihn eine Behinderung in der Freiheit der Berufsaufnahme gestützt wird sondern auch dort, wo er - wie im "Gummistrümpfe-Fall" - vorgebracht wird, um einem bestehenden Unternehmen den ungehinderten Zugang zum Markt eines seiner Erzeugnisse zu verwehren (32). § 26 Abs. 2 setzt also die Gefährdung der beruflichen Existenz nicht voraus (33).

Andererseits verleiht § 26 Abs. 2 auch nicht in jedem Fall den Unternehmen gegenüber Marktbeherrschern einen Anspruch auf berufliche Betätigung. Im "Fahrzeugbewachungsfall" (34) war der Zugang zum Geschäftsverkehr mit Fahrzeugbesitzern, die um die Bewachung ihrer parkenden Fahrzeuge nachsuchten, verbunden mit der Übernahme einer von der Stadtverwaltung ausgeschriebenen Aufgabe. Sie konnte sinnvoll nur von einem der Bewerber geleistet werden. In diesem Fall ist es sachlich gerechtfertigt, wenn sich die Stadtverwaltung für die Gesellschaft entscheidet, die ihr die ordnungsgemäße Bewachung auf den der Stadtaufsicht unterstehenden Parkplätzen am ehesten gewährleistet und ihr die günstigsten Bedingungen bietet. Der Wettbewerb findet hier um die Erlangung des Bewachungsauftrages statt.

Das Bestreben des GWB, die Märkte offenzuhalten ist der tragende Gesichtspunkt, unter dem sich der diskriminierende Charakter der Klausel des Vertrages zwischen der Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen und der

---

(30) Zur Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG als Auslegungsregel für die gesamte Rechtsordnung, v.a. im Bereich nicht staatlicher Gewalten (marktbeherrschende Unternehmen und Monopolbetriebe) vgl. Bachof Freiheit des Berufs aaO S. 174

(31) BVerfGE 7, 444 = JZ 1958, 479

(32) WuW/E BGH 422 = BGHZ 36, 91

(33) Koenigs JUS 1962, 342 (345)

(34) WuW/E LG/AG 112

Mineralölwirtschaft ergibt (35). Die Bedeutung der Bundesautobahnen für den Kraftfahrzeugverkehr und der Wunsch der Autofahrer, ihre Kraftstoffmarke auch an den Autobahnen vorzufinden macht es für die Kraftstoffunternehmen notwendig, an den Autobahnen ihre Erzeugnisse anzubieten. Wird die Zulassung zu den Autobahnen von einem Marktanteil abhängig gemacht, so wird Neubewerbern das Eindringen in den Markt erheblich erschwert.

Gleichheit der Chancen im Zugang zum Kunden verlangte das BKartA (36) auch, als es einem Lederwarenverband das Recht absprach, die Teilnahme einer von ihm veranstalteten Fachausstellung von der Mitgliedschaft abhängig zu machen. Um aber den Nichtmitgliedern keine unverdienten Vorteile der von ihnen nicht unterstützten Verbandstätigkeit zukommen zu lassen, ist ihnen gegenüber eine Differenzierung in der Berechnung der Standflächenpreise sachlich gerechtfertigt. Die Mehrpreisdifferenz darf aber nicht unverhältnismäßig überhöht sein. Auch hier der Gedanke: Berechtigten Belangen ist mit dem schonendsten Mittel Rechnung zu tragen. Interessant ist, daß das BKartA den Ausschluß nicht mit dem Hinweis rechtfertigt, den Nichtmitgliedern sei der Beitritt zum Verband zuzumuten (37), ein Gedanke, der von der Praxis des KartG zu § 9 der KartVO her nahelag. Wettbewerbliche Freiheit beinhaltet auch das Recht, sich von der Branchenkooperation fernzuhalten, ohne so schwerwiegende Konkurrenznachteile wie den Ausschluß von einer Fachmesse in Kauf nehmen zu müssen.

Die Teilnahme an einer Ausstellung kann auch nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, deren Erfüllung eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Teilnehmers und mittelbar auch eine wettbewerbliche Behinderung anderer Unternehmer zur Folge hätten. Die Ausschließlichkeit der Schätzung von Gebrauchtwagen als Bedingung zur Teilnahme an der Ausstellung kann zur Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit führen, weil kein Schätzungssystem den Marktwert eines Gebrauchtwagens exakt zu bestimmen vermag und die Möglichkeit genommen wird, den

---

(35) Tätigkeitsbericht 1961, S. 13

(36) Tätigkeitsbericht 1961, S. 39; vgl. auch Tätigkeitsbericht 1962, 35

(37) so versucht Sölter WuW 1952, 212 die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses zu begründen; zustimmend Frankfurter Kommentar zu § 26 TZ 81; ebenso Benisch aaO Anm. 52

Marktwert durch andere Schätzarten abweichend zu beurteilen (38). Der Ausschluß der Händler, die sich der Ausschließlichkeitsklausel nicht unterwerfen, von der Teilnahme an der Ausstellung ist daher ebenso sachlich nicht gerechtfertigt wie der Ausschluß anderer Sachverständiger als Anbieter von Schätzleistungen.

Das DV kann nur dann einem Unternehmen die Aufnahme in eine Vereinigung oder die Teilnahme an ihren Gemeinschaftseinrichtungen oder -veranstaltungen ermöglichen, wenn das Unternehmen durch die Nichtbeteiligung eine wettbewerbliche Benachteiligung auf seinem Markt erfährt, die nur durch die Aufnahme oder durch die Beteiligung beseitigt werden kann. An diesen Voraussetzungen fehlt es im Fall der Molkereigenossenschaft (39).

5.) Welche Preis- und Rabattdifferenzierungen sachlich gerechtfertigt sind, verdeutlicht § 3 Abs. 2 GWB. Verboten sind Differenzierungen, die nicht leistungsgerecht sind. Die überlegene wirtschaftliche Leistung, die ein Abnehmer beim Warenbezug erbringt, darf der Lieferant durch Rabatt- und Preisnachlässe entgelten. Die Arten der Leistungen, die der Abnehmer für den Lieferanten erbringt und denen demnach Preis- und Rabattvorteile korrespondieren dürfen, sind äußerst zahlreich. Sie sind primär aus einem Vergleich der Kosten zu ermitteln, die dem Lieferanten bei der Belieferung verschiedener Kunden entstehen (40). Sie reichen von den leicht erkennbaren Kostenvorteilen durch Großmengenbezug bis zu den schwer feststellbaren Vorteilen, die ein Abnehmer dadurch erbringt, daß er durch die Abnahme in einem bestimmten Zeitpunkt es dem Lieferanten ermöglicht, sonst nicht ausgenutzte Kapazitäten zu beschäftigen und dadurch den Fixkostenanteil zu senken. Hier soll nicht den Schwierigkeiten im einzelnen nachgegangen werden, die sich für den Kostenbeweis ergeben.

Werden Entgelte gewährt, denen keine wirtschaftliche Leistung gegenübersteht, so liegt die Vermutung nahe, daß Tätigkeiten vergütet werden, die in einer Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung des Kartells liegen. Das

---

(38) Tätigkeitsbericht 1962, S. 28
(39) WuW/E BGH 407 - zum Aufnahmezwang vgl. Benisch aaO Anm. 56
(40) Mestmäcker Das Rabattkartell ... aaO S. 237 ff.

BKartA (41) und das OLG Düsseldorf (42) sind auch hier geneigt, aus Inkonsequenzen Schlüsse zu ziehen. Kartelle, die durch die Gewährung ausschließlich nach der Bezugsmenge gestaffelter Rabatte die Mengenabnahme als entgeltliche Leistung anerkennen, handeln sachlich nicht gerechtfertigt, wenn sie bestimmte Abnehmergruppen davon ausschließen. Dabei muß nicht einmal ausgeschlossen sein, daß die verschiedenen Abnehmergruppen, wie Fach- und Nichtfachhandel in anderer Hinsicht, z.B. durch Beratung der Kundschaft und Berücksichtigung von Änderungswünschen an den Erzeugnissen, dem Hersteller durchaus unterschiedliche Leistungen erbringen. Auch diese höhere Leistung des Fachhandels darf durch günstigere Rabatte entgolten werden (43). Willkürlich ist aber, diese Leistungen dadurch zu vergüten, daß nur dem Fachhandel ein Mengenrabatt gewährt wird, während dem Nichtfachhandel, der gleiche Mengen abnimmt und somit in dieser Hinsicht gleiche Leistungen erbringt, ein solcher versagt bleibt.

In seinem Beschluß betr. Röhrenhersteller unterstellt das BKartA (44), daß die Bemessungsgrundlage für die Leistung bei der Mengenabnahme der Kostenverlauf der Abnehmer und nicht der der Lieferanten sei (45). Mestmäcker (46) gibt zu bedenken, daß eine solche Betrachtungsweise dem wettbewerblichen Leistungsprinzip zuwider laufe. Nehme man die Höhe der Unkosten des Abnehmers als Richtmaß für das Leistungsentgelt, so laufe dies auf den Satz hinaus: Je unwirtschaftlicher der Vertrieb des Abnehmers, desto höher der Preis, den er erzielt. Auch das BKartA erkennt, daß es gegen marktwirtschaftliche Grundsätze verstößt, wollte man einem Unternehmen von bestimmter Betriebsgröße höhere Rabatte nur deshalb gewähren, weil ihm gleiche Lagerhaltungsleistungen höhere Kosten verursachen als Unternehmen mit anderen Betriebsgrößen. Das BKartA zieht aber nicht die Konsequenz, zur Bestimmung der "Leistung bei der Abnahme" den Kostenverlauf des Lieferanten zu berücksichtigen.

Richtungsweisend sind hingegen die Ausführungen des BKartA, soweit sie sich mit der Untersuchung des mit der Rabattregelung verfolgten weiterreichenden

---

(41) WuW/E BKartA 44
(42) WuW/E OLG 230
(43) Tätigkeitsbericht 1962, S. 50
(44) WuW/E BKartA 538
(45) so auch Sölter im Gemeinschaftskommentar 1. Aufl. zu § 3 Anm. 25
(46) Mestmäcker aaO S. 238

Zwecks befassen. Nach § 3 Abs. 1 GWB müssen sich die Rabattregelungen auf den unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen Anbietern und Nachfragern beschränken. Daraus folgert das BKartA zutreffend, daß die Beschränkung des Rabattwettbewerbs nur dann zulässig ist, wenn sie sich nicht wettbewerbsbeschränkend auf den nachgeordneten Märkten auswirkt.

Mestmäcker (47) hat deutlich gemacht, wie sehr die Festlegung der Kriterien, nach denen Rabatte gewährt werden, die Wettbewerbsverhältnisse auf den vorgeordneten Stufen gestaltet. Insbesondere die rabattmäßige Zuordnung der Abnehmer zu bestimmten Funktionsgruppen hält die Absatzwege auf dem Stand fest, den sie zur Zeit der Kartellierung erreicht hatten. Hieraus die generelle Unzulässigkeit der Funktionsrabattkartelle zu folgern, erscheint der Rechtspraxis einstweilen noch zu kühn (48). Sie schließ Funktionsrabatte nur für den Fall aus, in dem der Empfänger die für eine Handelsstufe typische Leistung nicht erbringt. Im Fall der Röhrenhersteller ist nicht eindeutig, ob das BKartA die Tatsache, daß die Rabattgestaltung der Aufrechterhaltung einer Vertriebsordnung dient, ausreichen läßt, um einen Mißbrauch zu bejahen oder ob sie zusätzlich fordert, daß die Differenzierung nicht leistungsgerecht ist. Um die Kartellautonomie wirksam zu begrenzen, sollte hier auf das zusätzliche Erfordernis der mangelnden Leistungsgerechtigkeit verzichtet werden. Dient eine differenzierende Rabattregelung so eindeutig dem Zweck, die vorgeordneten Stufen in die Marktordnung des Kartells einzubeziehen und den status quo der Absatzwege zu stabilisieren - wie im Fall der Röhrenhersteller - so reicht dies aus, sie als sachlich nicht gerechtfertigt zu untersagen.

6.) Preisänderungen, soweit sie gegenüber allen Abnehmern gleichzeitig vorgenommen werden, fallen nicht unter den Diskriminierungstatbestand. Denn die unterschiedliche Behandlung muß gleichzeitig erfolgen (49).

Die Adressaten des § 26 Abs. 2 können sich aber auch in ihrer Preisgestaltung den Kosten- und Wettbewerbsverhältnissen anpassen (50). Eine dadurch be-

---

(47) aaO S. 246 ff., 272 ff.
(48) WuW/E OLG 313, 319; Tätigkeitsbericht 1961, S. 53
(49) Gentz WuW 1961, 608
(50) WuW/E BKatA 170, 249; Tätigkeitsbericht 1962, S. 29

gründete Differenzierung ist sachlich gerechtfertigt. Die Kartelle und marktbeherrschenden Unternehmen können und sollen sich des Preises als eines der wesentlichsten Mittel des Leistungswettbewerbs bedienen. Preisunterbietungen der Außenseiter können sie durch Eintritt in die Preise der Unterbietenden parieren; günstigeren Angeboten einer örtlich begrenzt auftretenden Substitutionskonkurrenz mit Preissenkungen entgegentreten; unterschiedlichen Kostensituationen durch unterschiedliche Preise Rechnung tragen. Die Konkurrenten eines Kartells haben kein Anrecht darauf, im Schatten eines durch ein Verbot von Preisunterbietungen schwerfällig gewordenen Kartells nur noch einem verminderten Wettbewerb ausgesetzt zu sein (51).

§ 26 Abs. 2 GWB enthält also kein generelles Gebot, allen Kunden gleiche Preise zu gewähren (52). In den Anwendungsbereich des DV gelangt die Preisunterbietung, wenn sie von Marktbeherrschern oder Kartellen planmäßig eingesetzt wird, um auf diese Weise Mitbewerber gefügig zu machen oder auszuschalten. Hier werden Kunden unterschiedlich behandelt, um einen Konkurrenten zu behindern. Die vertikal gerichtete unterschiedliche Behandlung erhält ihre rechtliche Mißbilligung primär aus dem horizontal gerichteten wettbewerbsbeschränkenden Zweck. Unterbietet beispielsweise ein Kartell seinen Außenseiter, indem es planmäßig ausschließlich den Kunden des Außenseiters jeweils niedrigere Preise einräumt, so liegt darin ein Verstoß gegen § 26 Abs. 2. - Gegenüber Kunden ist eine preisliche Benachteiligung diskriminierend, wenn sie ihn für den Wettbewerb mit seinen Konkurrenten schwächen soll (53).

Das BKartA unterzieht die für eine unterschiedliche Preisstellung geltend gemachten Gründe einer genauen Untersuchung. Im Fall des Zementsyndikats (54) ist ein entscheidendes Kriterium für die sachliche Rechtfertigung der Preisdifferenzierung die Kostenfrage, deren Prüfung durch das BKartA zu einem negativen Ergebnis führte. Die Untersuchung der wichtigsten Kostenfaktoren

---

(51) WuW/E BKartA 648

(52) so zu Unrecht Summerer WuW 1958, 30 ff., Die ungleiche Behandlung von Kunden S. 9; wie hier Fikentscher DB 1960, 227 (229), Die Preisunterbietung ... S. 17, 74 ff.; Vgl. Benisch aaO Anm.47 mit weiteren Literaturhinweisen.

(53) Mitchell WuW 1962, 388

(54) WuW/E BKartA 508, 656

der Produktion und des Transports, bei denen Unterschiede zwischen den Zementwerken Unterelbe und den Werken anderer Gebiete in Betracht kamen, überzeugt durch ihre Sorgfalt. Das Zementkontor hatte die unterschiedliche Preisstellung außerdem damit motiviert, daß die niedrigeren Preise für Lieferungen in das linkselbische Gebiet eine Folge des dort bestehenden Wettbewerbs mit anderen Syndikaten und Außenseitern sei. Dieses Vorbringen widerlegte das BKatA durch eine Untersuchung der in diesen Gebieten herrschenden Wettbewerbsverhältnisse. Auch ließ der Verlauf der Preisgrenze darauf schliessen, daß er nicht aus Wettbewerbsgründen gewählt wurde. Nach ihm galt der niedrigere, angeblich wettbewerbsbedingte Preis auch in solchen Gebieten, in denen das Zementsyndikat praktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt war.

Überall dort, wo rechtfertigende Gründe für eine Preisdifferenzierung nicht geltend gemacht werden oder eine Überprüfung ergibt, daß die vorgebrachte Begründung nicht der wirklichen Sachlage entspricht, ist eine Diskriminierung indiziert. Der durch die Differenzierung Betroffene und die Kartellbehörden sind ihrerseits nicht verpflichtet, das Vorliegen von Gründen nachzuweisen, die sachlich nicht gerechtfertigt sind (55).

---

(55) Benisch hat die im Gemeinschaftskommentar 1. Aufl. zu § 26 Anm. 47 vertretene abweichende Auffassung in die zweite Auflage nicht mehr aufgenommen.

SCHLUSS

Bei der Auslegung des DV ist die Anwendungspraxis der Wissenschaft notgedrungen vorausgeeilt. Sie einzuholen wird für die Doktrin durch die Tatsache erleichtert, daß sich die Entscheidungen der Gerichte und Kartellbehörden im wesentlichen auf der Linie bewegen, die die Maßstäbe des Gesetzes vorgezeichnet haben. Die Praxis hat diese Maßstäbe nicht immer in genügender Klarheit entwickelt. Letzteres fällt nun in den Aufgabenbereich der Rechtswissenschaft.

Die Notwendigkeit wechselseitiger Anregung und Ergänzung der Rechtswissenschaft und Anwendungspraxis folgt auch aus der Relativität des DV als eines Anwendungsfalls des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Auslegung des DV ist einmal abhängig von der Entwicklung der Wirtschaftstatsachen. Die Ausbildung neuer Vertriebsformen wandelt insbesondere die Funktion der Tatbestandsmerkmale Gleichartigkeit und üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr. Zum anderen ist die Auslegung des DV, vor allem was die sachliche Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung angeht, dem Wandel des Sinngehalts der Wirtschaftsordnung und der sie stützenden Rechtsinstitutionen unterworfen, die das DV schützen soll. Verleiht der Gesetzgeber Wandlungen seiner wirtschaftspolitischen Konzeption gesetzlichen Ausdruck, so wird sich diese Veränderung der normativen Gesamtsituation auch auf die Auslegung des DV auswirken. Stets ist jedoch dem Grundgedanken der Gleichbehandlung dadurch Rechnung zu tragen, daß man sich bei der Auslegung des DV auf die Werte besinnt, die der - wie auch immer gestalteten - Wirtschaftsordnung zugrunde liegen und durch die Rechtsinstitutionen verkörpert werden.

Lebenslauf

Am 31.3.1936 wurde ich als Sohn des Diplom-Handelslehrers Arthur Schiefer und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Sack, in Wuppertal-Elberfeld geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasiums in Wuppertal-Elberfeld legte ich am 7. März 1956 am Naturwissenschaftlichen Gymnasium in Wuppertal-Vohwinkel die Reifeprüfung ab.

Mit dem Sommersemester 1956 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen, das ich im Wintersemester 1957/58 und Sommersemester 1958 in München fortsetzte. Ab Wintersemester 1958/59 studierte ich wieder in Tübingen. Hier legte ich am 15.12.1960 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 15. April 1961 stehe ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.